سِلْسِلَةُ تَقْنِينِ أَحْكَامِ الفِقْهِ الإِسْلَامِيِّ (٣)

مُرْشِدُ الحَيْرَان

إِلَى مَعْرِفَةِ أَحْوَالِ الإِنْسَانِ

فِي المُعَامَلَاتِ الشَّرْعِيَّة

عَلَى مَذْهَبِ الإِمَامِ الأَعْظَمِ أَبِي حَنِيفَةَ النُّعْمَانِ
مُلَائِمًا لِسَائِرِ الأَقْطَارِ الإِسْلَامِيَّةِ

المُجَلَّد الثَّالِث

لِمُؤَلِّفِهِ المَغْفُورِ لَهُ
محمد قدري باشا ١٢٢٧ - ١٣٠٦ هـ

شَرْح وَدِرَاسَة وَتَحْقِيق
مَرْكَز الدِّرَاسَات الفِقْهِيَّة وَالاقْتِصَادِيَّة

بِإِشْرَاف

أ. د. مُحَمَّد أَحْمَد سَرَاج
أُسْتَاذ الدِّرَاسَاتِ الإِسْلَامِيَّةِ بِالجَامِعَةِ الأَمْرِيكِيَّة بِالقَاهِرَة

د. أَحْمَد جَابِر بَدْرَان
مُدِير مَرْكَز الدِّرَاسَات الفِقْهِيَّة وَالاقْتِصَادِيَّة

دَار السَّلَام
للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

الطبعة الأولى
١٤٣٢ هـ / ٢٠١١ م

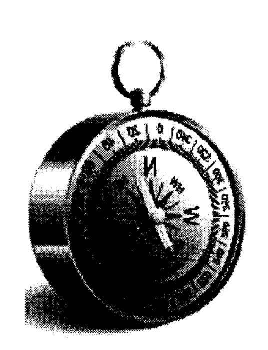
بطاقة فهرسة
فهرسة أثناء النشر إعداد الهيئة المصرية العامة لدار الكتب والوثائق القومية - إدارة الشؤون الفنية

قدري ، محمد قدري ، ١٨٢١ - ١٨٨٨ .
مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان في المعاملات الشرعية على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان ، ملائمًا لسائر الأقطار الإسلامية / لمحمد قدري ؛ شرح ودراسة وتحقيق مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية ؛ إشراف محمد أحمد سراج ، أحمد جابر بدران . - ط ١ - القاهرة : دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة ، ٢٠١١م .
٣ مج ؛ ٢٤ سم . - (سلسلة تقنين أحكام الفقه الإسلامي ؛ ٣).
تدمك ٠ ٠٠ ٥٠٥٩ ٩٧٧ ٩٧٨
١ - الفقه الحنفي. ٢ - المعاملات (فقه إسلامي).
٣ - أبو حنيفة ، النعمان بن ثابت ، ٦٩٩ - ٧٦٧
أ - مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية (شارح ودارس ومحقق).
ب - سراج ، محمد أحمد (مشرف) .
ج - بدران ، أحمد جابر (مشرف) .
د - العنوان .
٢٥٨,١

دار السلام
للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة
ش.م.م
تأسست الدار عام ١٩٧٣م وحصلت على جائزة أفضل ناشر للتراث لثلاثة أعوام متتالية ١٩٩٩م ، ٢٠٠٠م ، ٢٠٠١م هي عشر الجائزة تتويجًا لعقد ثالث مضى في صناعة النشر

جمهورية مصر العربية - القاهرة - الإسكندرية
الإدارة : القاهرة : ١٩ شارع عمر لطفي موازٍ لشارع عباس العقاد خلف مكتب مصر للطيران عند الحديقة الدولية وأمام مسجد الشهيد عمرو الشربيني - مدينة نصر
هاتف : ٢٢٧٠٤٢٨٠ - ٢٢٧٤١٥٧٨ (٢٠٢ +) فاكس : ٢٢٧٤١٧٥٠ (٢٠٢ +)
المكتبة : فرع الأزهر : ١٢٠ شارع الأزهر الرئيسي - هاتف : ٢٥٩٣٢٨٢٠ (٢٠٢ +)
المكتبة : فرع مدينة نصر : ١ شارع الحسن بن علي متفرع من شارع علي أمين امتداد شارع مصطفى النحاس - مدينة نصر - هاتف : ٢٤٠٥٤٦٤٢ (٢٠٢ +)
المكتبة : فرع الإسكندرية : ١٢٧ شارع الإسكندر الأكبر - الشاطبي بجوار جمعية الشبان المسلمين
هاتف : ٥٩٣٢٢٠٥ فاكس : ٥٩٣٢٢٠٤ (٢٠٣ +)
بريديًا : القاهرة : ص.ب ١٦١ الغورية - الرمز البريدي ١١٦٣٩
البريد الإلكتروني : info@dar-alsalam.com
موقعنا على الإنترنت : www.dar-alsalam.com

كتاب الإجارة





البَابُ الأوَّلُ
في عقد الإجارة

الفَصْلُ الأوَّلُ

في عقد الإجارة
وشرائط صحتها وبيان مدتها

(مادة ٥٦٤): عقد الإجارة هو تمليك المؤجر للمستأجر منفعة مقصودة من العين المؤجرة في الشرع[١]، ونظر العقلاء بعوض يصلح أجرة[٢].

تناول المؤلف عقد عن الإجارة وأحكامه وتكلَّم عنها في (١٠١) مادة إلى ستة أبواب، تناول أولها في الحديث عن عقد الإجارة وشرائط صحتها وبيان مدتها والأجرة وشروط لزومها.

وجاء الباب الثاني: في إجارة الدواب للركوب والحمل.

والثالث: في إجارة الآدمي للخدمة والعمل.

والرابع: في إجارة الدور والحوانيت.

والخامس: في إجارة الأراضي.

والسادس: في إجارة الوقف.

---

(١) هذه المادة تتفق مع ما ورد في المادة (٥٤٩) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٢) يستفاد حكمها من الدرّ أول الإجارة ص: ٣.

الإجارة: هي بيع منفعة معلومة بأجر معلوم، وقيل: هي تمليك المنافع بعوض، هذا في الشرع.

والإجارة في اللغة فِعَالةُ من أجر يؤجر من بابي طلب وضرب فهو آجر، وذاك مأجور أي أن الإجارة اسم للأجرة وهي ما أعطي من كراء الأجير، وقد أجره إذا أعطاه أجرته، والأجر ما يستحق على عمل الخير؛ ولهذا يدعى به، يقال: آجرك اللّـه، وأعظم اللّـه أجرك.

انظر تعريفات الإجارة في: تبيين الحقائق : ٥/ ١٠٥، البناية في شرح الهداية: ٧/ ٨٦٨، الفتاوى الهندية : ٤/ ٤٠٩، رد المحتار : ٦/ ٤ ، مجمع الأنهر : ٢/ ٣٦٧، ٣٦٨، مجلة الأحكام العدلية وشرحها، المادة (٤٠٥).

ولا يختلف عن ذلك تعريف هذا العقد في القوانين المدنية العربية الحديثة؛ ففي المادة (٥٥٨) من المدني المصري أن « الإيجار عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكِّن المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدة معينة لقاء أجر معلوم » وهو ما جاء كذلك في المواد: (٧٢٢) من القانون المدني العراقي و (٥٦١) كويتي و(٦٥٨) مدني أردني.

أما الباب الأول فقد جاء في فصلين:

أولها: في عقد الإجارة وشرائط صحتها وبيان مدتها.

والفصل الثاني: في الأجرة وبيان شروط لزومها.

الإجارة لغةً: بكسر الهمزة هو المشهور، وحكى الرافعي ضمها، وقال صاحب المحكم: هي بالضم اسم للمأخوذ، مشتقة من الأجر وهو عوض العمل، ونقل عن ثعلب الفتح مثلثة فهي مثلثة الهمزة، وفي تكملة البحر للعلّامة عبد القادر الطودي: لو قال: الإيجار لكان أولى؛ لأن الذي يعرف هو الإيجار الذي هو بيع المنافع، لا الإجارة التي هي الأجرة.

ويقال: آجره إذا أعطاه أجرته، وهي ما يستحق على عمل الخير، وفي الأساس: آجر داره واستأجرتها وهو مؤجر، ولا تقل: مؤاجر فإنه خطأ وقبيح، قال: وليس آجر هذا فاعل بل هو أفعل[1].

وأما تعريفها في اصطلاح الفقهاء فهي - طبقًا لما جاء في المادة - تمليك المؤجِّرِ المستأجرَ منفعة مقصورة من العين المؤجرة في الشرع ونظر العقلاء بعوض يصلح أجرة.

وعلى هذا فالإجارة عقد من عقود المعاوضات وهي تدور على تمليك المنافع لا الأعيان، فالتمليك نوعان: تمليك العين وتمليك المنفعة، وكلاهما نوعان: تمليك بعوض وتمليك بغير عوض، فأما تمليك العين بعوض فهو البيع، وتمليكها بغير عوض في الهبة أو الوصية أو الميراث، وأما تمليك المنفعة إن كان بعوض فالإجارة، وإن كان التمليك يتم بلا عوض فهو إعارة.

وكون المنفعة لا بد أن تكون مقصودة يعتاد الناس استيفاؤها بعقد الإجارة، وذلك بأن يجري تعاملهم بها؛ لأن الإجارة عقد شرع لحاجة الناس إليها ولا حاجة لهم فيما لا يتعاملون فيه، فمثلًا لا يجوز استئجار الأشجار لتجفيف الثياب عليها والاستظلال بها؛ لأن هذه المنفعة منفعة غير مقصودة من الشجرُ.

كما أنه لو اشترى ثمرة شجرة ثم استأجر الشجرة لتبقية الثمرة عليها لم يجز؛ لأنه لا يقصد من الشجر هذا النوع من المنفعة وهو تبقية الثمر عليها فلم تكن منفعة مقصودة عادة.

وكذا لو استأجر الأرض التي فيها ذَلك الشجر يصير مستأجرًا باستئجار الأرض، ولا يجوز استئجار الشجر.

---

(١) حاشية ابن عابدين: ٦/ ٣.

وقال أبو يوسف: إذا استأجر ثيابًا أو بُسُط بيت ليزين بها ولا يجلس عليها فالإجارة فاسدة؛ لأن بسط الثياب من غير استعمال ليس منفعة مقصودة عادة. وقال عمرو عن محمد في رجل استأجر دابة ليتزين بها: فلا أجر عليه؛ لأن استئجار الدابة للتزين ليس بمنفعة مقصودة، ولا يجوز استئجار الدراهم والدنانير ليزين الحانوت، ولا استئجار المسك والعود وغيرهما من المشمومات للشم؛ لأنه ليس بمنفعة مقصودة؛ ألا ترى أنه لا يعتاد استيفاؤها بعقد الإجارة[1].

وعلى هذا فلا يكفي أن تكون المنفعة مرادة ومقصودة من المستأجر، بل لا بد أن تكون هذه المنفعة مقصودة من الشرع ونظر العقلاء، وهذا من الضوابط المهمة في تعاملات الناس وعقودهم، والتي تقف حائلًا رادعًا دون تلاعب بعضهم بهذه العقود لتحقيق مكاسب شخصية وأهواء فردية تخالف مصالح الناس وتوقع الضرر بهم .

والمنفعة تختلف باختلاف محل المنفعة فيختلف استيفاؤها كذلك، فاستيفاء منافع المنازل بالسكنى، والأراضي الزراعية بزرعها، والثياب والحلل بلبسها، وعبيد الخدمة، بالخدمة والدواب بالركوب والحمل، والأواني والظروف بالاستعمال، والصنَّاع بالعمل من الخياطة والقصارة ونحوهما، وقد يقام فيه تسليم النفس مقام الاستيفاء كما في أجير الواحد حتى لو سلَّم نفسه في المدة ولم يعمل يستحق الأجر[2].

والإجارة بيع منفعة لا عين، وعلى هذا لا تجوز إجارة الشجر للتمر؛ لأن التمر عين والإجارة بيع المنفعة لا بيع العين، ولا تجوز إجارة الشاة للبنها أو سمنها أو صوفها أو ولدها؛ لأن هذه أعيان فلا تستحق بعقد الإجارة، وكذا إجارة الشاة لترضع جديًا أو صبيًّا لما قلنا، ولا تجوز إجارة ماء في نهر أو بئر أو قناة أو عين؛ لأن الماء عين فإن استأجر القناة والعين والبئر مع الماء لم يجز أيضًا؛ لأن المقصود منه الماء وهو عين، ولا يجوز استئجار الآجام التي فيها الماء للسمك وغيره من القصب والصيد؛ لأن كل ذلك عين، فإن استأجرها مع الماء فهو أفسد وأخبث؛ لأن كلًّا من ذلك عين، فإن استئجارها بدون الماء فاسد فكان مع الماء أفسد ، ولا يجوز إجارة المراعي؛ لأن الكلأ عين فلا تحتمل الإجارة.

ولا تجوز إجارة الدراهم والدنانير ولا تبرهما، وكذا تبر النحاس والرصاص، ولا استئجار المكيلات والموزونات؛ لأنه لا يمكن الانتفاع بها إلا بعد استهلاك أعيانها، والداخل تحت الإجارة المنفعة لا العين، حتى لو استأجر الدراهم والدنانير ليعاير بها ميزانًا، أو حنطة ليعاير

---

(١) بدائع الصنائع : ٦/ ١٦.

(٢) بدائع الصنائع : ٥/ ٥١٨.

بها مكيلًا، أو زيتًا ليعاير به أرطالًا أو أمنانًا، أو وقتًا معلومًا ذكر في الأصل أنه لا يجوز؛ لأن ذلك نوع انتفاع بها مع بقاء عينها فأشبه استئجار سَنَجَات الميزان، وذكر الكرخي أنه لا يجوز؛ لأن الانتفاع بهذه الأشياء من هذه الجهة غير مقصود عادة(١).

ولكن ليس كل منفعة مقصودة تقبل الإيجار؛ فهناك منافع مقصودة ولكنها لا تقبل الإجارة، مثل منافع البُضْع وهي منافع النكاح فإنها لا تقبل الإيجار، بل تسمى نكاحًا؛ لهذا لا بد أن تكون المنفعة محل الإيجار قابلة للبدل، وبهذا القيد تخرج المنافع المقصودة من النكاح(٢).

ويلزم أن يصلح العوض أجرة؛ وذلك لأنها ثمن المنفعة والأجرة هي ما جعله المؤجر والمستأجر بدلًا عن المنفعة؛ إذ الأجرة في الإجارات معتبرة بالثمن في البياعات؛ لأن كل واحد من العقدين معاوضة المال بالمال، فما يصلح ثمنًا في البياعات يصلح أجرة في الإجارات وما لا فلا؛ وذلك لأن المنفعة تابعة للعين، فكل ما صلح ثمنًا صلح أجرة لا تنعكس، فلا يقال: ما لا يجوز ثمنًا لا يجوز أجرة لجواز إجارة المنفعة بالمنفعة إذا اختلفا.

وبذكر قيد العوض في التعريف أخرج عقد الإعارة، فهي وإن كانت عقدًا لتمليك المنفعة إلا أنها بغير عوض فخرجت هنا.

والإجارة جائزة بالكتاب العزيز والسنة والإجماع.

أما الكتاب العزيز فقوله ﷻ خبرًا عن أب المرأتين اللتين سقى لهما موسى - عليه الصلاة والسلام - قال: ﴿ قَالَ إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنۡ أُنكِحَكَ إِحۡدَى ٱبۡنَتَيَّ هَٰتَيۡنِ عَلَىٰٓ أَن تَأۡجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٖ ﴾ [القصص: ٢٧]. أي على أن تكون أجيرًا الي، أو على أن يجعل عوضي من إنكاحي ابنتى إياك رعي غنمي ثماني حجج، يقال: آجره اللَّه تعالى أي عوضه وأثابه، وقوله ﷻ: ﴿ قَالَتۡ إِحۡدَىٰهُمَا يَٰٓأَبَتِ ٱسۡتَـٔۡجِرۡهُۖ إِنَّ خَيۡرَ مَنِ ٱسۡتَـٔۡجَرۡتَ ٱلۡقَوِيُّ ٱلۡأَمِينُ ﴾ [القصص ٢٦]، وما قصَّ علينا من شرائع من قبلنا من غير نسخ يصير شريعة لنا مبتدأة، ويلزمنا على أنه شريعتنا لا على أنه شريعة من قبلنا.

وأما السنة فقد روي عن أبي سعيد الخدري وأبي هريرة - رضى اللَّه عنهما - عن رسول اللَّه ﷺ أنه قال: «**لا يساوم الرجل على سوم أخيه، ولا يخطب على خطبة أخيه، ولا تناجشوا، ولا تبايعوا بإلقاء الحجر، ومن استأجر أجيرًا فليعلمه أجره**»(٣)، وهذا منه ﷺ تعليم شرط جواز الإجارة، وهو إعلام الأجر فيدل على الجواز.

---

(١) بدائع الصنائع : ٥/ ٥٢٠.

(٢) انظر المادة (٤٠٥) من مجلة الأحكام العدلية وشرحها لعلي حيدر : ١/ ٣٧٣.

(٣) سنن البيهقي الكبرى : ٦/ ١٢٠، برقم: ١١٤٣١.

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: « **أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقُه** »[١]، ففيه أمره ﷺ بالمبادرة إلى إعطاء أجر الأجير قبل فراغه من العمل من غير فصل فيدل على جواز الأجرة.

وروي أن رسول اللّه ﷺ مرَّ على رافع بن خديج وهو في حائطه فأعجبه فقال: « **لمن هذا الحائط؟** » فقال: لي يا رسول اللّه استأجرته، فقال رسول اللّه ﷺ: « **لا تستأجره بشيء منه** » خص ﷺ النهي باستئجاره ببعض الخارج عنه.

وأما الإجماع: فإن الأمة أجمعت على ذلك من زمن الصحابة -رضي اللّه عنهم- إلى يومنا هذا من غير نكير.

وقد سماها أهل المدينة بيعًا وأرادوا به بيع المنفعة؛ لأن الإجارة بيع المنفعة لغة؛ ولهذا سمي المبدل في هذا العقد أجرًا، وسمى اللّه بدل الرضاع أجرًا بقوله: ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ [الطلاق: ٦] والأجرة بدل المنفعة لغة[٢].

والإجارة من حيث الانعقاد تنقسم إلى قسمين: إجارة منعقدة وهي الإجارة الجامعة لشرائط الانعقاد، وإجارة غير منعقدة وهي الإجارة الغير الصحيحة أصلًا.

فالإجارة المنعقدة تنقسم إلى أربعة أقسام: إجارة صحيحة: وهي الإجارة المشروعة أصلًا ووصفًا، وإجارة فاسدة: وهي الإجارة المشروعة أصلًا لا وصفًا لوجود نقص في بعض أوصافها الخارجية، وإجارة نافذة: وهي الإجارة التي لم يتعلق بها حق الغير، وإجارة موقوفة: وهي الإجارة التي تعلق بها حق الغير.

أما الإجارة النافذة فتنقسم إلى قسمين: إجارة لازمة وإجارة غير لازمة.

وتنقسم الإجارة كذلك إلى قسمين: إجارة منجزة وإجارة مضافة.

وتنقسم من حيث المنافع إلى قسمين: إجارة واردة على منافع الأعيان وإجارة واردة على منافع الإنسان.

وتنقسم باعتبار تعلق المنفعة بالعين أو بالذمة إلى قسمين: المنفعة الواردة على العين كإيجار الدار، والمنفعة الواردة على الذمة كاستئجار الإنسان.

وتنقسم بالنسبة لمعلومية جهة المنفعة إلى ثلاثة أقسام:

الأول: معلومية الإجارة ببيان المدة.

والثاني: معلومية الإجارة ببيان العمل.

---

(١) سنن البيهقي الكبرى: ٦/ ١٢٠، برقم: ١١٤٣٤. (٢) مرجع سابق.

والثالث: معلومية الإجارة بالإشارة، كتعيين المحل المراد نقل الأشياء له[(١)].

وهذا يتفق مع ما ورد في المادة (٢٤٠) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، والتي تنص على ما يلي: « الإجارة عقد لتمليك نفع يقصد شرعًا من العين بعوض ».

وتتفق هذه المادة مع ما ورد في المادة (٥٤٩) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[(٢)] ونصها: « الإيجار عقد ينتفع المستأجر بمقتضاه بشيء معين مدة معينة لقاء أجر معلوم ».

وهي تقابل المادة (٥٥٨) من مشروع القانون المدني المصري التي تنص على أن « الإيجار عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكّن المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدة معينة لقاء أجر معلوم ».

وتتفق مع ما ورد في المادة (٦٥٨) من التقنين الأردني التي تنص على أن « الإيجار تمليك المؤجر للمستأجر منفعة مقصودة من الشيء المؤجر لمدة معينة لقاء عوض معلوم ».

والمادة (٧٢٢) من التقنين العراقي التي تنص على أن « الإيجار تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم لمدة معلومة » وبه يلتزم المؤجر أن يمكّن المستأجر من الانتفاع بالمأجور.

و المادة (٥٦١) من التقنين الكويتي.

والمادة (٤٦٥) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك التي نصّت على أن « الإجارة عقد على تمليك منفعة في نظير عوض بما يدل على التمليك ».

***

❁ **(مادة ٥٦٥): يصح أن يرد عقد الإجارة على منافع الأعيان منقولة كانت أو غير منقولة، وأن يرد على العمل كاستئجار الخدمة والعملة وأرباب الحرف والصنائع**[(٣)].

بيّنت هذه المادة أن عقد الإجارة يرد على منافع الأعيان وعلى الأعمال، وأن منافع

---

(١) شرح مجلة الأحكام العدلية للمحاسني : ١/ ٣٥٤.

(٢) انظر (المادة ٥٤٩) من المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص : ١٩٣.

(٣) يستفاد من الهندية في أواخر الباب الأول من الإجارة ص : ٣٩٤.

جاء في البناية في شرح الهداية ٧/ ٨٧٩ : « الإجارة قد يكون عقدًا على العمل كاستئجار القصار والخياط » وقال صاحب التحفة: الإجارة نوعان: إجارة على المنافع، وإجارة على الأعمال، ولكل نوع شروط وأحكام، أما الإجارة على المنافع فكإجارة الدور والمنازل والحوانيت والصناع وعبيد الخدمة، والدواب للركوب والحمل، والثياب والحلي=

الأعيان التي يرد عليها عقد الإجارة قد تكون منقولة أو غير منقولة فمنافع الأعيان المنقولة كإيجار الملابس والأواني والدواب، وأما منافع الأعيان غير المنقولة فهي كإيجار الدور والأراضي.

وقد يختلف حكم الإجارة باختلاف كون العين المؤجرة منافعها منقولة أو عقارًا؛ ذلك أنه يشترط في إجارة المنقول أن يكون في يد المؤاجر فإن لم تكن في يده فلا تصح إجارته لنهي النبي - صلى اللَّه عليه وآله وسلم - عن بيع ما لم يقبض، والإجارة نوع بيع فتدخل تحت النهي؛ ولأن فيه غرر انفساخ العقد لاحتمال هلاك المبيع قبل القبض فينسخ البيع، فلا تصح الإجارة، وقد نهى رسول اللَّه ﷺ عن بيع فيه غرر[1].

وأما إذا كانت العين المؤجرة منافعها عقارًا غير مقبوضة فهي على الاختلاف المعروف في بيع العين، فيجوز ذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف استحسانًا، وعند محمد وزفر والشافعي لا يجوز قياسًا؛ ولأن القدرة على القبض عند العقد شرط صحة العقد لما ذكرنا، ولهما عموم البياعات من الكتاب العزيز من غير تخصيص؛ ولأن الأصل في ركن البيع - إذا صدر من الأهل في المحل - هو الصحة والامتناع لعارض الغرر وهو غرر انفساخ العقد بهلاك المعقود عليه ولا يتوهم هلاك العقار فلا يتقرر الغرر فيبقى بيعه على حكم الأصل[2].

ومنها أنه يجب على المستأجر أن يبيِّن ما يعمل في العين المستأجرة المنقولة،إذا كانت تختلف باختلاف المستعمل مثل الدابة والثوب، وأما أن العقار للسكنى فلا يختلف عادة باختلاف المستعمل؛ لهذا تصح إجارته بلا بيان ما يعمل فيها لصرفه للمتعارف، وذلك في إجارة المنازل ونحوها، فلا يشترط بيان ما يستأجر لها، فلو استأجر شيئًا منها ولم يسم ما يعمل فيه جاز، وله أن يسكن فيه بنفسه ومع غيره، وله أن يسكن فيه غيره بالإجارة والإعارة، وله أن يضع فيه متاعًا أو غيره غير أنه لا يجعل فيه حدادًا ولا قصارًا ولا طحانًا ولا ما يضر بالبناء ويوهنه؛ وإنما كان كذلك لأن الإجارة شرعت للانتفاع، والدور والمنازل والبيوت ونحوها معدة للانتفاع بها بالسكنى، ومنافع العقار المعدة للسكنى متقاربة؛ لأن الناس لا يتفاوتون في السكنى فكانت معلومة من غير تسمية.

وأما في إجارة الأرض فلا بد فيها من بيان ما تستأجر له من الزراعة والغرس والبناء وغير

= البسر، والأواني للاستعمال والعقد في ذلك كله جائز، وأما الإجارة على الأعمال فكاستئجار الإسكاف والقصار والصباغ وسائر من يشترط عليه العمل في سائر الأعمال من حمل الأشياء من موضع ونحوه. الفتاوى الهندية : ٤/ ٤١١، تبيين الحقائق : ٥/ ١٠٦.

(١) بدائع الصنائع : ٧/ ٤٠.

(٢) المرجع السابق : ٧/ ٤١.

ذلك، فإن لم يبيِّن كانت الإجارة فاسدة، إلا إذا جعل له أن ينتفع بها بما شاء.

وكذا إذا استأجرها للزراعة فلا بد من بيان ما يزرع فيها أو يجعل له أن يزرع فيها ما شاء وإلا فلا يجوز العقد؛ لأن منافع الأرض تختلف باختلاف البناء والغرس والزراعة.

وكذا المزروع يختلف، منه ما يفسد الأرض ومنه ما يصلحها فكان المعقود عليه مجهولًا جهالة مفضية إلى المنازعة فلا بد من البيان، بخلاف السكنى فإنها لا تختلف.

وأما في إجارة الدواب فلا بد فيها من بيان أحد الشيئين: المدة أو المكان، فإن لم يبين أحدهما فسدت؛ لأن ترك البيان يفضي إلى المنازعة.

وعلى هذا يخرج ما إذا استأجر دابةً يشيع عليها رجلًا أو يتلقاه أن الإجارة فاسدة إلا أن يسمي موضعًا معلومًا[1].

***

(مادة ٥٦٦): يشترط لانعقاد الإجارة أهلية العاقدين بأن يكون كل منهما عاقلًا مميزًا، ويشترط لنفاذها كون العاقدين عاقلين غير محجورين، وكون المؤجر مالكًا لما يؤجره أو وكيله أو وليه أو وصيه[2].

بينت هذه المادة أنه يشترط لانعقاد الإجارة أهلية العاقدين كما هو الحال في غيرها من العقود، وذلك بأن يكون كل منهما عاقلًا مميزًا، فلا تنعقد الإجارة من المجنون والصبي الذي لا يعقل؛ لأن أهلية المتصرف شرط انعقاد التصرف، والأهلية لا تثبت بدون العقل فلا يثبت الانعقاد بدونه، فأما البلوغ فليس بشرط انعقاد، ولا من شرائط النفاذ عندنا، حتى إن الصبي العاقل لو أجَّر ماله أو نفسه فإن كان مأذونًا ينفذ، وإن كان محجورًا يقف على إجازة الولي عندنا، خلافًا للشافعي.

ولو أجَّر الصبي المحجور نفسه وعمل وسَلِمَ من العمل يستحق الأجر ويكون الأجر له، أما استحقاق الأجر فلأن عدم النفاذ كان نظرًا له، والنظر بعد الفراغ من العمل سليمًا

---

(١) بدائع الصنائع : ٥/ ٥٤٧.

(٢) يستفاد من الهندية من أواخر الباب الأول من الإجارة ص : ٣٩٣.

مذهب الحنفية: جاء في الفتاوى الهندية ٤/ ٤١٠: « وأما شرائط الانعقاد فمنها العقل حتى لا تنعقد الإجارة من المجنون والصبي الذي لا يعقل، وأما البلوغ فليس من شرائط الانعقاد ولا من شرائط النفاذ عندنا، حتى إن الصبي العاقل لو أجَّر ماله أو نفسه فإن كان مأذونًا تنفذ، وإن كان محجورًا تقف على إجازة الولي عندنا، وكذا لو أجر الصبي المحجور نفسه وسلم من العمل يستحق الأجر فيكون الأجر له، وكذلك حرية العاقد ليست بشرط لانعقاد الإجارة ولا لنفاذها عندنا فينفذ عقد المملوك إن كان مأذونًا، ويقف على إجازة الولي إن كان محجورًا ».

في النفاذ، فيستحق الأجرة ولا يهدر سعيه فيتضرر به، وكأن الولي أذن له بذلك دلالة بمنزلة قبول الهبة من الغير.

وأما كون الأجرة المسماة له فلأنها بدل منافعه وهي حقه، وكذا الحرية ليست بشرط لانعقاد هذا العقد، ولا لنفاذه عندنا حتى ينفذ عقد المملوك إن كان مأذونًا، ويقف على إجازة مولاه إن كان محجورًا، وعند الشافعي لا يقف بل يبطل[١].

ولا تشترط صحة المؤجر ولذلك لو أجَّر وهو في مرض موته مالًا له من آخر بأقل من أجرة المثل، فالإجارة نافذة في كل ذلك المال لا في ثلثه فقط؛ لأن إعارته وهو في مرض موته جائزة فكذا إجارته جائزة[٢].

وهناك شروطٌ أخرى لانعقاد الإجارة منها: أن يكون القبول موافقًا للإيجاب؛ وذلك بأن يقبل ما أوجبه المؤجر فإن خالفه بأن قبل غير ما أوجبه أو بعض ما أوجبه لا ينعقد من غير إيجاب مبتدأ موافق[٣].

ويلزم اتحاد المجلس، وذلك بأن يكون كلٌّ من الإيجاب والقبول في مجلس واحد، فإن اختلف المجلس لا ينعقد، حتى لو أوجب أحدهما فقام الآخر عن المجلس قبل القبول، أو اشتغل بعمل آخر يوجب اختلاف المجلس ثم قبل لا ينعقد؛ لأن القياس أن لا يتأخر أحد الشطرين عن الآخر في المجلس؛ لأنه كما وجد أحدهما انعدم في الثاني من زمان وجوده، فوجود الثاني والأول منعدم فلا ينتظم الركن، إلا أن اعتبار ذلك يؤدي إلى انسداد الباب، فتوقف أحد الشطرين على الأخر حكمًا وجعل المجلس جامعًا للشطرين مع تفرقهما للضرورة، وحق الضرورة يصير مقتضيًا عند اتحاد المجلس، فإذا اختلف لا يتوقف وهذا عندنا، وعند الشافعي الفور مع ذلك شرط لا ينعقد الركن بدونه.

ووجه قوله ما ذكرنا أن القياس أن لا يتأخر أحد الشطرين عن الآخر، والتأخير لمكان الضرورة، وأنها تندفع بالفور.

ولنا أن في ترك اعتبار الفور ضرورة؛ لأن القابل يحتاج إلى التأمل، ولو اقتصر على الفور لا يمكنه التأمل[٤].

---

(١) بدائع الصنائع : ٥/ ٥٢٥.
(٢) شرح علي حيدر لمجلة الأحكام العدلية : ١/ ٤٢١.
(٣) انظر في هذا المعنى ما ذكرناه في البيع.
(٤) بدائع الصنائع : ٦/ ٥٣٩.

وعلى هذا إذا أوجب أحدهما والآخر غائب فبلغه فقبل لا ينعقد، أما لو قبل عنه قابل ينعقد، والأصل في هذا أن أحد الشطرين من أحد العاقدين في باب البيع يتوقف على الآخر في المجلس، ولا يتوقف على الشطر الآخر من العاقد الآخر فيما وراء المجلس بالإجماع، إلا إذا كان عنه قابل أو كان بالرسالة أو بالكتابة؛ وذلك لأن الرسول سفير ومعبر عن كلام المرسل، ناقل كلامه إلى المرسل إليه، فكأنه حضر بيعه فأوجب العقد وقبل الآخر في المجلس.

وأما كتابه فلأن خطاب الغائب كتابه فكأنه حضر بنفسه وخاطب بالإيجاب وقبل الآخر في المجلس، ولو كتب شطر العقد ثم رجع صحَّ رجوعه؛ لأن الكتاب لا يكون فوق الخطاب، ولو خاطب ثم رجع قبل قبول الآخر صحَّ رجوعه فههنا أولى، وكذا لو أرسل رسولًا ثم رجع؛ لأن الخطاب بالرسالة لا يكون فوق المشافهة وذا محتمل للرجوع فههنا أولى.

وسواء علم الرسول رجوع المرسل أو لم يعلم به، بخلاف ما إذا وكَّل إنسانًا ثم عزله بغير علمه لا يصح عزله؛ لأن الرسول يحكي كلام المرسل وينقله إلى المرسل إليه فكان سفيرًا ومعبرًا محضًا فلم يشترط علم الرسول بذلك، فأما الوكيل فإنما يتصرف عن تفويض الموكل إليه فشرط علمه بالعزل صيانة له عن التعزير، والأصل أن في كل موضع لا يتوقف الشطر على ما وراء المجلس يصح الرجوع عنه، ولا يصح تعليقه بالشرط وإضافته إلى الوقت كما في البيع والإجارة والكتابة، وكل موضع يتوقف الشطر على ما وراء المجلس لا يصح الرجوع عنه، ويصح تعليقه بالشرط وإضافته إلى الوقت كما في الخلع من جانب الزوج والإعتاق على مال من جانب المولى[١].

وقد تناولت المادة كذلك شروط النفاذ؛ وهي كون العاقدين عاقلين غير محجورين، وكون المؤجر مالكًا ما يؤجره أو وكيله أو وليه أو وصيه، أي أنه يلزم لنفاذ الإجارة كون المؤجر له ولاية على العين المؤجرة سواء كانت هذه الولاية[٢] ولاية ملك أو وكالة، أو أي ولاية أخرى تبيح للمؤجر التصرف في العين، وعلى هذا فلا تنفذ إجارة الفضولي لعدم الملك والولاية، لكنه ينعقد موقوفًا على إجازة المالك عندنا خلافًا للشافعي.

وأصل هذا أن تصرفات الفضولي التي لها مجيز حالة العقد منعقدة موقوفة على إجازة

---

(١) انظر بدائع الصنائع: ٥/ ٥٤٢.

(٢) الولاية في الأصل نوعان: نوع يثبت بتولية المالك، ونوع يثبت شرعًا لا بتولية المالك، أما الأول: فهو ولاية الوكيل فينفذ تصرف الوكيل وإن لم يكن المحل مملوكًا له؛ لوجود الولاية المستفادة من الموكل، وأما الثاني: فهو ولاية الأب والجد أب الأب والوصي والقاضي.

المجيز من البيع والإجارة والنكاح والكلام ونحوها، فإن أجاز ينفذ وإلا فيبطل، وعند الشافعي – رحمه اللّه – تصرفاته باطلة، ولكن إجازة تصرف الفضولي في الإجارة له شروط لا تختلف عن شروط تصرفه في البيع وهي: أن يكون له مجيز عند وجوده، فما لا وجود مجيز له عند وجوده لا تلحقه الإجازة؛ لأن ما له مجيز متصور منه الإذن للحال وبعد وجود التصرف فكان الانعقاد للحال لينفذ عند الإذن القائم مفيدًا فينعقد، وما لا مجيز له لا يتصور الإذن به للحال، والإذن في المستقبل قد يحدث وقد لا يحدث، فإن حدث كان الانعقاد مفيدًا وإن لم يحدث لم يكن مفيدًا، فلا ينعقد مع الشك في حصول الفائدة على الأصل المعهود في أن ما لم يكن ثابتًا بيقين لا يثبت مع الشك، وإذا لم ينعقد لا تلحقه الإجازة، وكذلك الإجارة من الأب والوصي والقاضي نافذة لوجود الإنابة من الشرع[1].

وكذلك يلزم لنفاذ العقد أن يكون خاليًا عن شرط الخيار؛ لأن الخيار يمنع انعقاد العقد في حق الحكم ما دام الخيار قائمًا لحاجة من له الخيار إلى دفع العين عن نفسه، كما في بيع العين؛ لأنه – أي شرط الخيار – مخالف لمقتضى العقد، والقياس يأباه، لكنه تُرِك اعتبارًا لحاجة الناس[2].

وهذا يتفق مع ما ورد في المادة (٤٤٤) من مجلة الأحكام العدلية والتي تنص على أنه: «يشترط في انعقاد الإجارة أهلية العاقدين، يعني: كونهما عاقلين مميزين»[3].

***

❁ (مادة ٥٦٧): يشترط لصحة الإجارة رضا العاقدين، وتعيين المؤجر، ومعلومية المنفعة بوجه لا يفضي إلى المنازعة، وبيان مدة الانتفاع، وتعيين مقدار الأجرة إن كانت من النقود، وتعيين قدرها ووصفها إن كانت من المقدرات، فإن اختل شرط من شرائط الصحة المذكورة فسدت الإجارة[4].

من شرائط صحة الإجارة رضا المتعاقدين، أن يكون المعقود عليه – وهو المنفعة – معلومًا علمًا يمنع المنازعة، فإن كان مجهولًا جهالة مفضية إلى المنازعة لم يصح العقد وإلا فلا، ومنها كذلك: بيان محل المنفعة، حتى لو قال: آجرتك إحدى هاتين الدارين، أو أحد هذين العبدين، أو استأجرت أحد هذين الصانعين لم يصح العقد.

---

(١) بدائع الصنائع : ٥/ ٥٣٤.
(٢) بدائع الصنائع : ٥/ ٥٣٨.
(٣) مجلة الأحكام العدلية المادة (٤٤٤).
(٤) يستفاد من الهندية من أواخر الباب الأول من الإجارة ص : ٣٩٣، ويستفاد من تنقيح الحامدية من الإجارة ص : ١٢٧، ومن رد المحتار في أوائل الإجارة ص : ٣، الفتاوى الهندية : ٤/ ٤١١.

ومنها: بيان المدة في الدور والمنازل والحوانيت، وفي استئجار الظِّئر، ومنها: أن يكون مقدور الاستيفاء حقيقة أو شرعًا؛ فلا يجوز استئجار الآبق ولا الاستئجار على المعاصي؛ لأنه استئجار على منفعة غير مقدورة الاستيفاء شرعًا.

ومنها: أن لا يكون العمل المستأجر له فرضًا ولا واجبًا على الأجير قبل الإجارة، فإن كان فرضًا أو واجبًا قبلها لم يصح، ومنها: أن تكون المنفعة مقصودة معتادًا استيفاؤها بعقد الإجارة ويجري بها التعامل بين الناس؛ فلا يجوز استئجار الأشجار لتجفيف الثياب عليها، ومنها: أن يكون مقبوض المؤاجر إذا كان منقولًا، فإن لم يكن مقبوضه فلا تصح إجارته، ومنها: أن تكون الأجرة معلومة، ومنها: أن لا تكون الأجرة منفعة هي من جنس المعقود عليه؛ كإجارة السكنى بالسكنى والخدمة بالخدمة، ومنها: خلو الركن عن شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه.

وهذا يتفق مع ما ورد في المادة (٤٤٨) من مجلة الأحكام العدلية والتي تنص على أنه: «يشترط في صحة الإجارة رضا العاقدين »[1].

***

(١) بدائع الصنائع : ٥/ ٥٣٨ - ٥٤٠.

الفَصْلُ الثَّانِي

في الأجرة
وبيان شروط لزومها

❁ (مادة ٥٦٨): يصح اشتراط تعجيل الأجرة وتأجيلها وتقسيطها إلى أقساط تُؤَدَّى في أوقات معينة[١].

يثبت حكم الإجارة في الحال عند الشافعية والحنابلة، ويقدر وجود مدة الإجارة في الحال كأنها أعيان مقابلة بالأجرة أو الثمن؛ ولذا تثبت ملكية الأجرة فيها بمجرد العقد، فإذا لم يتفقا على شيء محدد من التعجيل أو التأجيل انصرف الوجوب إلى التعجيل، أما الأحناف والمالكية فقد ذهبوا إلى ثبوت الأجرة في مقابلة استيفاء المنافع التي تحدث شيئًا فشيئًا؛ ولذا لا تملك الأجرة بنفس العقد، وإنما تملك باشتراط تعجيلها في العقد نفسه أو تعجيلها من غير شرط؛ لأن التأخير في وجوب الأجرة حق للمستأجر، يملك إبطاله بالتعجيل أو باستيفاء المنافع جميعها أو بالتمكين من هذا الاستيفاء المدة المتفق عليها، وهذا هو ما سارت عليه هذه المادة التي أجازت اشتراط تعجيل الأجرة وتأجيلها وتقسيطها أقساطًا معلومة، أودعها رب الدار كالتعجيل، وفي المحيط: لو باعه بالأجرة عينًا وقبض جاز لتضمنه تعجيل الأجرة طوريٌّ.

وهذا هو ما تناولته المادة (٤٧٣) من مجلة الأحكام العدلية والتي تنص على أنه: يعتبر ويراعى كل ما اشترطه العاقدان في تعجيل الأجرة وتأجيلها.

أي: إنه يجب أن يعتبر ويراعى كل ما اشترطه العاقدان من تأجيل الأجرة أو تقسيطها أو تأجيلها.

فعليه لو شرط العاقدان تعجيل الأجرة لزم أداؤها معجلة، وإذا شرط التأجيل أو التقسيط تجري المعاملة وفق ما اشترط[٢].

***

❁ (مادة ٥٦٩): لا تلزم الأجرة بمجرد العقد، فلا يجب تسليمها به إلا إذا اشترط على المستأجر تعجيلها وكانت الإجارة منجزة[٣].

فإن كانت الإجارة مضافة إلى وقت مستقبل فلا تلزم ولا تملك فيها الأجرة بشرط

---

(١) يستفاد من رد المحتار ص : ٩، من أوائل كتاب الإجارة.

(٢) انظر شرح مجلة الأحكام المادة (٤٧٣): ١/ ٥٤٢ .

(٣) يستفاد من الدرِّ أوائل الإجارة ص : ٧.

تعجيلها، ولو عجَّل المستأجر الأجرة في الإجارة المنجزة بأن دفعها للمؤجر فقد ملكها، ولا يجوز للمستأجر استردادها منه[1].

تقدم «أن الأجر لا يلزم بالعقد عند الأحناف والمالكية فلا يجب تسليمه به، بل بتعجيله أو شرطه في الإجارة المنجزة، فالأجر لا يلزم بالعقد»، خلافًا للشافعية والحنابلة طبقًا لما تقدم ذكره.

وإنما لا يلزم تعجيل الأجرة بالعقد ولا تملك به لأن العقد وقع على المنفعة وهي تحدث شيئًا فشيئًا، وشأن البدل أن يكون مقابلًا للمبدل، وحيث لا يمكن استيفاؤها حالًا لا يلزم بدلها حالًا إلا إذا شرطه ولو حكمًا بأن عجَّله؛ لأنه صار ملتزمًا له بنفسه حينئذٍ وأبطل المساواة التي اقتضاها العقد فصحَّ.

وتعجيل الأجرة بالفعل هو في الحقيقة إسقاط لما استحقه من المساواة التي اقتضاها العقد، فهو كإسقاط المشتري حقه في وصف السلامة في المبيع، وإسقاط البائع تعجيل الثمن بتأخيره عن المشتري مع أن العقد اقتضى السلامة وقبض الثمن قبل قبض المبيع تأمل.

أما المضافة فلا تملك فيها الأجرة بشرط التعجيل ولا يلزمه للحال شيء؛ لأن امتناع وجوب الأجرة فيها بالتصريح بالإضافة إلى المستقبل، والمضاف إلى وقت لا يكون موجودًا قبله فلا يتغير عن هذا المعنى بالشرط، بخلاف المنجزة؛ لأن العقد اقتضى المساواة وليس بمضاف صريحًا فيبطل ما اقتضاه بالتصريح بخلافه.

وهذا يتفق مع ما ورد في مادة (٢٥١) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، والتي تنصُّ على أنه: «يجب الأجر في الإجارة بتعجيله أو بشرطه في الإجارة المنجزة».

***

❁ (مادة ٥٧٠): إذا اشترط تعجيل الأجرة لزم المستأجر دفعها وقت العقد، وللمؤجر أن يمتنع عن تسليم العين المؤجرة للمستأجر حتى يستوفي الأجرة، وله أن يفسخ عقد الإجارة عند عدم الإيفاء من المستأجر.

تناولت هذه المادة أن المؤجر إذا شرط تعجيل الأجرة وجب التعجيل بالشرط وصحَّ

(١) يستفاد من الدر في الباب المذكور ص : ٨ من أوائل الإجارة.

الشرط؛ لقوله ﷺ: « **المسلمون عند شروطهم** »[١]، وثبت الملك في العوض قبل ثبوته في المعوض، ويلزم المستأجر دفع الأجرة وقت العقد إذا اشترط تعجيلها، وللمؤجر أن يمتنع عن تسليم المستأجر الأشياء المنتفع بأعيانها حتى يستوفي الأجرة، وكذا للأجير الواحد أن يمتنع عن تسليم النفس، وللأجير المشترك أن يمتنع عن إيفاء العمل قبل استيفاء الأجرة في الإجارة، كالمثمن في البياعات، وللبائع حبس المبيع إلى أن يستوفي الثمن فكذا للمؤجر حبس المنافع إلى أن يستوفي الأجرة المعجلة.

الأجرة في الإجارات معتبرة بالثمن في البياعات؛ لأن كل واحد من العقدين معاوضة المال بالمال، وكل ما يصلح ثمنًا في البياعات يصلح أجرة في الإجارات وما لا فلا[٢].

وذلك لأن المنفعة تابعة للعين، وما صلح بدلًا عن الأصل صلح بدلًا عن التبع.

وهذا يتفق مع ما ورد في المادة (٢٥٢) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان والتي تنص على ما يلي: « يجب الأجر في الإجارة باستبقاء المستأجر للمنفعة أو تمكنه منه »[٣].

***

❁ (مادة ٥٧١): يجوز للأجير أن يمتنع من العمل إلى أن يستوفي أجرته المشروط تعجيلها، وله فسخ الإجارة إن لم يوفه المؤجر الأجرة[٤].

تلزم الأجرة بشرط التعجيل، يعني لو شرط كون الأجرة معجلة يلزم المستأجر تسليمها إن كان عقد الإجارة واردًا على منافع الأعيان أو على العمل، ففي الصورة الأولى: للآجر أن يمتنع عن تسليم المأجور، وفي الصورة الثانية: للأجير أن يمتنع عن العمل إلى أن يستوفي الأجرة، وعلى كلتا الصورتين لهما المطالبة بالأجرة نقدًا، فإن امتنع المستأجر عن الإيفاء فلهما فسخ الإجارة.

وعلى ذلك فللآجر المطالبة بالأجرة على وجه السلف، فلو أَجَّر شخص دارًا لمدة سنة، وبعد مرور شهرين من السنة شرط المؤجر على المستأجر أن يدفع له البدل كاملًا وقبل المستأجر بذلك وتعهَّد به لزم أداء البدل على الوجه المشروط؛ لأن ذلك بمنزلة شرط تعجيل البدل.

---

(١) سنن البيهقي الكبرى : ٦/ ٧٩ برقم: ١١٢١٢. (٢) بدائع الصنائع : ٤/ ٢٨٣.
(٣) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (٢٥٢) الطبعة التمهيدية.
(٤) انظر درر الحكام شرح مجلة الأحكام المادة (٤٦٨).

وللآجر في الصورة الأولى أن يمتنع عن تسليم المأجور إلى المستأجر، ويحبسه عنه إلى أن يستوفي منه الأجر.

كما أن للأجير في الصورة الثانية الامتناع عن العمل إلى أن يستوفي أجرته، وإذا امتنع الآجر عن تسليم المأجور فليس له أخذ الأجرة؛ لأن الأجرة تبدأ من تسليم المأجور، كما أنه ليس للأجير أجرة ما امتنع عن العمل.

وعليه فبما أنه يترتب على إمساك المأجور أو إضراب الأجير عن العمل ضرر فللآجر وللأجير فسخ الإجارة إذا طالبا بالأجرة ولم تدفع لهما سلفًا على الوجه المشروط.

وتتفق هذه المادة مع المادة (٥٧٥) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ونصها :

١ - «يجب على المستأجر الوفاء بالأجرة في المواعيد المتفق عليها، فإذا لم يكن هناك اتفاق وجب الوفاء بها في المواعيد التي يعينها عرف الجهة.

٢ - ويكون الوفاء بالأجرة في مواطن المستأجر ما لم يكن هناك اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك ».

وتتفق المادة المذكورة مع نص المادة (٦٧٨) من القانون المدني الأردني ونصها: « للمؤجر أن يمتنع عن تسليم المأجور حتى يستوفي الأجر المعجل ».

***

(مادة ٥٧٢): إذا اشترط تأجيل الأجرة لزم المؤجر أن يسلم العين المؤجرة للمستأجر إن ورد العقد على منافع الأعيان، ولزم الأجير إيفاء العمل إن وردت الإجارة على العمل، ولا تلزم الأجرة إلا عند حلول الأجل في الصورتين وإن كان قد أوفى العمل.

إذا اشترط المؤجر تأجيل الأجرة فإنه يبتدأ بتسليم المأجور وإيفاء العمل، ويجب على المستأجر القيام بتسليم البدل عند انقضاء الأجل؛ لأن الأصل في الشروط اعتبارها لقوله ﷺ « **المسلمون عند شروطهم** »[1].

وهذا يتفق مع ما ورد في المادة (٤٧٤) من مجلة الأحكام العدلية والتي تنص على أنه: « إذا شرط تأجيل البدل يلزم على الآجر أولًا تسليم المأجور وعلى الأجير إيفاء العمل ».

والأجرة لا تلزم إلا بعد انقضاء المدة التي شرطت؛ لأن عقد الإجارة بشرط التأجيل

---

(١) بدائع الصنائع : ٦/ ٤١.

أو التقسيط صحيح والشرط معتبر.

والتأجيل إما أن يكون صراحة أو يكون ضمنًا. والحاصل أنه إذا شرط في عقد إجارة تأجيل البدل أو تقسيطه وكان العقد واقعًا على منافع أعيان يلزم على الآجر أولًا تسليم المأجور.

أما إذا كان واردًا على العمل فعلى الأجير القيام بالعمل، ولا تلزم الأجرة إلا بعد انقضاء المدة التي شرطت للتأدية أو حلول أجل القسط، وليس للآجر قبل ذلك طلب الأجرة من المستأجر.

***

● (مادة ٥٧٣): تجب الأجرة في الإجارة الصحيحة بتسليم العين المؤجرة للمستأجر واستيفائه المنفعة فعلًا أو بتمكنه من استيفائها بتسليمها له ولو لم يستوفها.

فإن قبض المستأجر الدار المؤجرة فارغة من متاع المؤجر لزمه أجرتها ولو لم يسكنها[1].

تلزم الأجرة أيضًا في الإجارة الصحيحة بالاقتدار على استيفاء المنفعة، مثلًا: لو استأجر أحد دارًا استئجارًا صحيحًا فبعد قبضها يلزم إعطاء الأجرة وإن لم يسكنها، كما تلزم باستيفاء المنفعة بالفعل.

وقد أقيم تسليم محل المنفعة وهو المأجور مقام تسليمها فتلزم الأجرة باستلام المأجور للتمكن من استيفاء المنفعة منه؛ إذ ليس في وسع المؤجر أكثر من تمكين المستأجر من الانتفاع بالمأجور بتسليمه إياه، فمتى تحقق وجب الأجر وإن لم ينتفع بها، كما إذا قبض المبيع ولم ينتفع به.

مثلًا: لو استأجر أحد دارًا بإجارة صحيحة فبعد قبضها خالية من الموانع يلزمه إعطاء الأجرة التي هي الأجر المسمى، وإن لم يسكنها أصلًا ما لم يوجد مانع من الانتفاع بها كأن تغصب الدار من يد المستأجر.

كذلك لو استأجر شخص حُليًّا لتزدان بها عروس وقبضها لزمته أجرتها ولو لم تتزين بها العروس، وكذلك لو استأجر شخص دارًا شهرًا وبعد أن أقام فيها يومين فقط انتقل لغيرها بدون عذر فللآجر أجرة الشهر كاملة.

كذلك إذا استأجر ثوبًا ليلبسه من صباح يوم إلى مسائه وأبقاه في بيته إلى المساء دون أن

---

(١) جاء في الفتاوى الهندية ٤/ ٤١٣: «وكما يجب الأجر باستيفاء المنافع يجب بالتمكن من استيفاء المنافع إذا كانت الإجارة صحيحة، حتى إن من استأجر دارًا أو حانوتًا مدة معلومة ولم يسكن فيها في تلك المدة مع تمكنه من ذلك تجب الأجرة».

يلبسه لزم أداء أجرته كاملة، وليس له بعد ذلك أن يلبسه في المساء؛ لأن صاحبه مكّنه من استيفاء المعقود عليه بتسليم الثوب إليه وما زاد عليه ليس في وسعه، وليس له أن يلبسه بعد ذلك؛ لأن العقد انتهى بمضي المدة، والإذن في اللبس كان بحكم العقد، كذلك إذا استأجر شخص دابة لنقل حمل إلى محل ولم يحملها الحمل ولم يركبها بل ساقها سوقًا إلى المحل المذكور لزمته أجرتها، ما لم يكن ثمة عذر منعه عن تحميلها فلا تلزمه أجرة حينئذٍ.

كذلك تلزمه الأجرة فيما لو استأجر دابة ليركبها إلى محل ولم يركبها بل تركها تمشي في جانبه إلى المحل المقصود، كذلك إذا استأجر شخص تنورًا مدة سنة وسدّه بعد أن اشتغل فيه ستة أشهر مع إمكان التصرف فيه لزمته السنة كاملة، ما لم يقل المستأجر بأنه استأجر لستة أشهر - مثلًا، فالقول له، وإذا أقام المتعاقدان البينة رجحت بينة الآجر.

كذلك إذا استأجر شخص أرضًا ليزرعها ما شاء، وبعد أن قبضها وزرعها أكل الجراد زرعها لزمه أجرها المسمى إذا كان زرعها في المدة الباقية ممكنًا؛ لأن الأجرة في الصحيحة تعتمد التمكن من الاستيفاء لا حقيقة الاستيفاء، فيجب الأجر بالغًا ما بلغ وإن أكله الجراد بالإجماع.

قال في المحيط: والتمكن من الاستيفاء في غير المدة المضاف إليها العقد لا يكفي لوجوب الأجرة، وكذا التمكن في غير المكان لا يكفي لوجوب الأجرة .

وعليه فإن لزوم الأجرة في الإجارة مقيد بأربعة قيود:

١ - التمكن من استيفاء المنفعة، وعلى ذلك فلا تلزم الأجرة إذا لم يسلِّم الآجر المأجور أصلًا ولم يمكنه من استيفاء المنفعة، أو سلَّمه إياه مشغولًا، أو عرض سبب مانع من الانتفاع بالمأجور؛ كأن يغصب المأجور من يد المستأجر ولم يمكن استرداده منه بشفاعة أو حماية بدون إنفاق مال؛ لزوال التمكن من الانتفاع، وهو شرط لوجوب الأجرة لا حقيقة الانتفاع، وإذا غُصب المأجور في بعض مدة الإجارة سقط من الأجرة بقدر ذلك البعض؛ لأن السقوط بمقدار المسقط، وإذا أمكن إخراج الغاصب بشفاعة أو بحماية ولم يعمل المستأجر على إخراجه لا تسقط الأجرة؛ لأنه مقصر في عدم الإخراج، وأما لو لم يمكن إخراجه إلا بإنفاق مال فلا يلزمه الأجر، كذلك لا تلزم الأجرة في المزرعة التي تسقى لأجل الزراعة إذا انقطعت عنها المياه مدة الإجارة ولم يمكن زرعها، كذلك إذا تعطل النهر الأعظم ولم يمكن سقي منه فلا تلزم الأجرة.

وكذا إذا استؤجرت مزرعة تسقى بماء المطر ولم تمطر السماء وليس ماء آخر، ولم يتمكن

بذلك من الزرع فلا تلزمه أجرة؛ لأنه لم يحصل اقتدار على استيفاء المنفعة، وإن سقطت الأجرة بغصب المأجور - كما بيَّنا آنفًا - فلا تنفسخ الإجارة، كما أفتى بذلك القاضي فخر الدين.

٢ - كون الإجارة صحيحة، ولا تلزم الأجرة بالتمكن في الإجارة الفاسدة.

٣ - كون التمكن في مكان العقد، حتى إنه لا تلزم الأجرة فيما لو سلمت الدابة المستأجرة من مكان في مكان بعيد عنه.

٤ - يلزم أن يكون التمكن في مدة الإجارة، وعليه فلو سلَّم الآجر المأجور إلى المستأجر في غير مدة الإجارة فلا تلزمه أجرة، فلو استأجر فرسًا ليركبه في يوم معين وسلَّم إليه الفرس في غيره لم تلزمه الأجرة؛ لأنه إنما تمكن بعد مضي المدة.

وهذا يتفق مع ما ورد في المادة (٢٥٢) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان والتي تنص على أنه: «يجب الأجر في الإجارة باستيفاء المستأجر للمنفعة أو تمكنه منه»[١].

وهذا يتفق مع ما ورد في المادة (٤٧٩) من المجلة العدلية، ونصها: «من استأجر حانوتًا وقبضه ثم عرضه للبيع والشراء كسادًا فليس له أن يمتنع من إعطاء كراء تلك المدة بقوله: إن الصنعة ما راجت، والدكان بقي مسدودًا ».

وتتفق هذه المادة مع ما ورد في المادة (٦٠٥) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[٢] ونصها:

١ - إذا لم يباشر المستأجر الانتفاع بالعين المؤجرة، أو لم ينتفع بها إلا انتفاعًا ناقصًا، وكان ذلك راجعًا إلى خطئه أو إلى أمر يتعلق بشخصه، فإنه يبقى ملزمًا بالإيجار وبالوفاء بما يفرضه عليه العقد من التزامات، ما دام المؤجر قد وضع العين تحت تصرفه في حالة صالحة للانتفاع المتفق عليه.

٢ - وفي هذه الحالة يجب على المؤجر أن يستنزل من الأجرة قيمة ما اقتصده من وراء عدم انتفاع المستأجر بالعين، وقيمة ما حققه من نفع من وراء استعماله للعين في أغراض أخرى[٣].

---

(١) تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (٢٥٢) القسم الثاني، الطبعة التمهيدية، مجمع البحوث الإسلامية.

(٢) انظر المادة (٦٠٥) من المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص : ٢١٩.

(٣) هذه المادة تطابق المادة (٧٩١) من التقنين العراقي والمادة (٦١٥) من التقنين الكويتي.

ويرجع حكم هذه الفقرة الأخيرة إلى أن العدالة تقتضي أن يستنزل من الأجرة مقدار ما استفاده المؤجر من عدم انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة.

***

❁ **(مادة ٥٧٤): لا تملك منافع الأعيان في الإجارة الفاسدة بمجرد قبضها، فلا تجب الأجرة بها على المستأجر إلا إذا سلمت له العين المؤجرة من جهة المؤجر المالك لها وانتفع بها انتفاعًا حقيقيًّا، فإن لم يكن تسليمها للمستأجر من جهة مالكها فلا أجرة عليه وإن استوفى المنفعة[١].**

لا يكون الاقتدار على استيفاء المنفعة كافيًا في الإجارة الفاسدة، ولا تلزم الأجرة ما لم يحصل الانتفاع حقيقة، بأن يسلم الآجر المأجور إلى المستأجر وينتفع به حقيقة، وما لم يقم الأجير في إجارة الآدمي بالعمل فعلًا، فكما أنه يتوقف في البيع الفاسد امتلاك المشتري للمبيع على القبض، كذلك يتوقف في الإجارة الفاسدة امتلاك المستأجر لمنافع المأجور على قبضها أي على استيفائها بالفعل، وكما أن المشتري في البيع الفاسد يجبر على أداء ثمن المثل وليس على الثمن المسمى يجبر المستأجر في الإجارة الفاسدة على دفع بدل المثل لا على البدل المسمى أيضًا[٢].

وهذا يتفق مع ما ورد في المادة (٢٥٣) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، والتي تنص على أنه: « لا يجب الأجر في الإجارة الفاسدة إلا بحقيقة الانتفاع وكان التسليم من المؤجر ».

❁ **(مادة ٥٧٥): إذا وقعت الإجارة فاسدة باعتبار جهالة الأجر المسمى أو باعتبار عدم التسمية، وقبض المستأجر العين المؤجرة وانتفع بها انتفاعًا حقيقيًّا لزمه أجر المثل بالغًا ما بلغ، وإن وقعت فاسدة بفقدان شرط آخر من شرائط الصحة لزمه الأقل من أجر المثل ومن المسمى إن وجد مسمًّى معلومًا[٣].**

ينشأ فساد الإجارة لجهالة بدل الإجارة أو لفقدان شرط من شرائط الصحة الأخرى كوجود

---

(١) حكمها مصرح به في رد المحتار من أوائل الإجارة عند قول المصنف: ويجب الأجر لدار قبضت... إلخ ص : ٧. وجاء في رد المحتار : ٦/ ١١ « فيجب الأجر لدار قبضت ولو لم تسكن لوجود تمكنه من الانتفاع، وهذا إذا كانت الإجارة صحيحة، أما الفاسدة فلا ».

(٢) انظر مجلة الأحكام العدلية المادة (٤٧١): ١/ ٥٣٩ .

(٣) إذا اختل شرط من شروط الإجارة لزم أجر المثل؛ ففي رد المحتار: ٦/ ٤٥ « وجوب أجر المثل بالاستعمال لو المسمى =

شرط فاسد، وجهالة البدل تكون على وجهين:

١ - ألا يسمى مطلقًا كأن يقال: آجرتك هذه الدار، وكذلك الحكم في البدل الذي ليس بمال أصلًا .

٢ - كون بدل الإجارة المسمى مجهولًا كله أو بعضه جهالة الكل، كأن يكون البدل بكذا رأس غنم أو دينارًا في البلاد التي تتداول فيها دنانير مختلفة.

كذلك تكون الإجارة فاسدة إذا استأجر شخص آخر لرعي غنمه على أن تكون أولادها وصوفها وما إلى ذلك من المنافع بينهما مناصفة لجهالة البدل كله، وكذلك كاستئجار دار بمائة قرش على أن تكون نفقات العمارة على المستأجر، واستئجار خادم بمائة قرش على أن يعطيه المستأجر كسوته؛ لأن نفقات العمارة والكسوة قد جعلت أجرة أيضًا ومقدارها ليس معلومًا، وبضم المجهول إلى المعلوم يصبح مجموعه مجهولًا .

والحكم فيما إذا كان جميع البدل أو بعضه مجهولًا وانتفع الآجر بالمأجور هو لزوم أجر المثل بالغًا ما بلغ، سواء أكان المأجور ملكًا أو وقفًا، وكذا إذا فسدت الإجارة بعدم تسمية أجر مطلقًا أو بكون الأجرة المسماة مما ليس بمال مطلقًا؛ ولذا لو اتفقا في إجارة منزل على أن تكون نفقات العمارة على المستأجر يلزم أجر المثل بالغًا ما بلغ، لا أجر مثل لا يتجاوز الأجر المسمى؛ لأنه لا يتصور تجاوز الأجر المسمى؛ إذ إن المسمى مفقود هنا.

لكن مستثنى: إذا بيّن المؤجر بعد أن استوفى المستأجر المنفعة بدل الإيجار أو قبل مقدارًا منه فليس له أخذ مقدار زائد عن ذلك.

ولو استأجر شخص دابة على أن يعطي المؤجر الأجرة التي يطلبها عند الوصول إلى المكان المقصود فطلب المؤجر عند بلوغ المكان (عشرين دينارًا) فيلزم أجر المثل لفساد الإجارة؛ إلا إذا زاد أجر المثل عن العشرين فلا يعطي غيرها؛ لأنه أبرأ ذمة المستأجر من الزيادة.

كذلك إذا استأجر شخص بستانيًا واستخدمه وتوفي، فقال وصيه للبستاني: ثابر على عملك وأجرتك السابقة تبقى كما كانت، وبعد أن اشتغل مدة باع الوصي البستان من شخص آخر فقال المشتري: ثابر على عملك فلا أقطع أجرتك السابقة، فللبستاني الأجر المسمى لعمله

= معلومًا أي أجر شخص مماثل له في ذلك العمل، والاعتبار فيه لزمن الاستئجار ومكانه من جنس الدراهم والدنانير لا من جنس المسمى لو كان غيرهما، ولو اختلف أجر المثل بين الناس فالوسط، والأجر يطيب وإن كان السبب حرامًا ».
انظر تبيين الحقائق : ٥/ ١٢١، البناية في شرح الهداية: ٧/ ٩٢٨، حاشية الطحطاوي: ٤/ ٢٣.

في حياة المستأجر الأول، وأجر المثل من الوصي للمدة التي اشتغلها بعد قبوله بها، وأجر المثل كذلك من المشتري للمدة التي اشتغل بها بعد قبول هذا أيضًا ما لم يكن الوصي والمشتري عالمين بالأجر المتفق عليه بين البستاني والمستأجر الأول.

أما إذا فسدت الإجارة للعلم ببعضها والجهل بالبعض الآخر فقط، كتسمية مائة دينار بدلًا للإيجار على أن تكون نفقة العمارة على المستأجر، فلا ينتقص أجر المثل عن الأجر المسمى حتى إذا كان أجر المثل المعلوم خمسين قرشًا لزم مائة قرش.

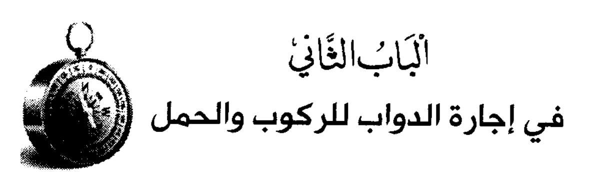
ويلزم أجر المثل بالغًا ما بلغ في مال اليتيم والوقف اللذين يؤجران إيجارًا فاسدًا، أي أنه لو آجر الوصي أو الأب مال اليتيم أو المتولي مال الوقف وفسدت الإجارة لفقدان شرط من شروط الصحة لزم أجر المثل بالغًا ما بلغ.

كذلك إذا آجر شخص المشاع بدون تسمية بدل إيجار له يلزم أجر المثل بالغًا ما بلغ؛ لكون المأجور مشاعًا من جهة والبدل مجهولًا من جهة أخرى.

وقال الحموي: وإن لم تفسد بجهالة المسمى أو بعدم التسمية بل بالشرط أو بالشيوع الأصلي أو بجهالة الوقت والمسمى معلوم لم يزد أجر المثل على المسمى، وإذا أعطيت في الإجارة الفاسدة أجرة زائدة عن أجر المثل بالعلم والرضاء لا تسترد الزيادة، فلو قال شخص لآخر: إذا قمت بالخدمة الفلانية لي فإني أكرمك، وبعد أن قام بها أعطاه مقدارًا زائدًا عن أجر المثل فليس له بعد ذلك استرداده[1].

***

(١) انظر مجلة الأحكام العدلية المادة (٤٦٢): ١/ ٥١٧.



الباب الثاني
في إجارة الدواب للركوب والحمل

الفصل الأول
في إجارة الدواب للركوب

❁ (مادة ٥٧٦): من استأجر دابة للحمل فله أن يركبها، وإن استأجرها للركوب فليس له أن يحمل عليها، وإن حمل فلا أجر عليه[1].

تناول هذا الباب إجارة منافع الدواب وهي الركوب والحمل، واختص الفصل الأول من هذا الباب بالركوب، وقررت هذه المادة أن من استأجر دابة للحمل فله أن يركبها وليس العكس، وفي إجارة الدواب لا بد من بيان عدة أمور: منها المدة أو المكان، فإن لم يعين أحدهما فسدت؛ لأن ترك البيان يُفضي إلى المنازعة، وعلى هذا يخرج ما إذا استأجر دابة يُشيِّع عليها رجلًا أو يتلقاه، أن الإجارة فاسدة إلا أن يسمي موضعًا معلومًا لما قلنا، بخلاف ما إذا استأجر دابة إلى الكوفة، أنه يصح العقد وإن كان أطرافها وجوانبها متباعدة؛ لأن المكان هناك معلوم بالعادة وهو منزله الذي بالكوفة فصار منزله بالكوفة مذكورًا دلالة، والمذكور دلالة كالمذكور نصًّا، ولو اكتراها بدرهم يذهب عليها إلى حاجة له لم يجز ما لم يبيِّن المكان؛ لأن الحوائج تختلف؛ منها ما ينقضي بالركوب إلى موضع، ومنها ما لا ينقضي إلا بقطع مسافة بعيدة، فكانت المنافع مجهولة، فتفسد الإجارة .

ولا بد فيها من بيان ما يستأجر له في الحمل والركوب؛ لأنهما منفعتان مختلفتان، وبعد بيان ذلك لا بد من بيان ما يحمل عليها ومن يركبها؛ لأن الحمل يتفاوت بتفاوت المحمول، والناس يتفاوتون في الركوب؛ فترك البيان يُفضي إلى المنازعة.

والمذكور في المادة أنه لو استأجرها للحمل فله أن يركبها، وإن استأجرها للركوب فليس له أن يحمل عليها، وإن حمل فلا أجر عليه؛ وذلك لأن الركوب يسمى حملًا يقال: حمل معه غيره لا العكس، ولكن بعضهم قيده بأنه لا يجمع بين الركوب والحمل، والبعض عمَّهما؛

---

(١) صرَّح بها في الهندية في أواخر السادس والعشرين في استئجار الدواب للركوب ص: ٤٧٦.

وجاء في الفتاوى الهندية ٤/ ٤٩٠: « وإذا استأجر دابة للحمل فله أن يركبها، وإذا استأجرها للركوب لم يكن له أن يحمل عليها وإذا حمل عليها لا يستحق الأجر ».

فلو استأجرها ليحمل حنطة من موضع إلى منزله يومًا إلى الليل فحمل وكلما رجع كان يركبها من قيد يضمن لو عطبت، ومن عمَّم قال: لا يضمن لجريان العادة به والإذن دلالة له.

وإنما لم يجب الأجر عند المخالفة طبقًا لهذه المادة بناء على أنه يصير غاصبًا متعديًا فيضمن التلف لا الأجر؛ لأن الأجر والضمان لا يجتمعان في مذهب الأحناف، والخلاف المشهور بين الأحناف والجمهور في موضوع ضمان المغصوب.

***

❁ (مادة ٥٧٧): من استأجر دابة أو عربة للركوب لتوصله إلى محل معين بأجرة معلومة فتعبت الدابة المركوبة أو خيل العربة في الطريق فله نقض الإجارة، وعليه دفع مقدار ما أصاب تلك المسافة من الأجر المسمى(١).

لو استأجر دابة إلى موضع معلوم فلما سار بعض الطريق تعبت الدابة وضعفت عن السير، فإن كان المستأجر استأجر الدابة بعينها كان للمستأجر الخيار إن شاء نقض وإن شاء تربَّص إلى أن تقوى الدابة، وليس له أن يطالبه بدابة أخرى(٢).

وفي جامع الفتاوى: « ولو استأجر دابة إلى مكان معلوم ولم ينفذ بها إلى ذلك المكان وقد استعملها فلا أجر عليه ».

وذلك أنه يشترط لاستمرار لزوم عقد الإجارة سلامة العين المؤجرة وعدم حدوث عيب مُخِلٍّ بالانتفاع بها، أما لو حدث شيء من ذلك فإن المستأجر يكون بالخيار بين الإبقاء على الإجارة ودفع الأجرة كاملة وبين نقض الإجارة، كما لو تعبت الدابة المؤجرة أو مرضت أو انهدم بعض بناء الدار فهذه عيوب تخل بالانتفاع وتوجب الخيار، أما لو كان العيب مما لا يخل بالانتفاع كما لو انهدم جدار لا فائدة له في السكنى فلا ينشأ عن ذلك الحق في الخيار بين الإبقاء على العقد وفسخه.

***

❁ (مادة ٥٧٨): لا يجوز لمستأجر الدابة أن يتجاوز بها المحل المعين مقدار ما لا يتسامح فيه الناس بلا إذن صاحبها، ولا أن يذهب بها إلى محل آخر، ولا أن يستعملها أزيد من المدة التي استأجرها فيها، فإن تجاوز المحل المعين بلا إذن صاحبها، أو ذهب بها إلى محل آخر،

---

(١) يستفاد من الهندية من أوائل السادس والعشرين في استئجار الدواب للركوب ص : ٤٧٤.

(٢) الفتاوى الهندية: ٤/ ٨٧ ، ٤٨٨.

أو استعملها بعد مضي المدة فعطبت فعليه ضمان قيمتها[1].

تقدم في شرح المادة قبل السابقة أنه لا بد في إجارة الدواب من بيان المدة أو المكان، وأنه إذا لم يبين أحدهما فسدت الإجارة؛ لأن ترك البيان يُفضي إلى المنازعة.

وعلى هذا لا يجوز لمستأجر الدابة أن يتجاوز بها المحل المعين مقدار ما لا يتسامح فيه الناس بلا إذن صاحبها، ولا أن يذهب بها إلى محل آخر، ولا أن يستعملها أزيد من المدة التي استأجرها فيها، ومثالها: مَنْ تكارى دابة يحمل عليها حنطة إلى منزله فلما انتهى إليه أراد صاحب الحنطة أن يحمل ذلك فيدخله منزله وأبى، قال أبو حنيفة: عليه ما يفعله الناس ويتعاملون عليه، وإن أراد أن يصعد بها إلى السطح والغرفة فليس عليه ذلك إلا أن يكون اشترطه، لا خلاف في أن المأجور أمانة في يد المستأجر حتى لو هلك في يده بغير صنعه لا ضمان عليه؛ لأن قبض الإجارة قبض مأذون فيه فلا يكون مضمونًا كقبض الوديعة والعارية وسواء كانت الإجارة صحيحة أو فاسدة.

أما إذا خالف المستأجر في المكان فنحو أن يستأجر دابة للركوب أو للحمل إلى مكان معلوم فجاوز ذلك المكان بلا إذن، وحكمه أنه إذا جاوز المكان المعلوم دخل المأجور في ضمانه، حتى لو عطب قبل العود إلى المكان المأذون فيه يضمن كل القيمة، ولو عاد إلى المكان المأذون فيه هل يبرأ من الضمان؟ كان أبو حنيفة أولًا يقول: يبرأ كالمودع إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق، وهو قول زفر وعيسى بن أبان من أصحابنا، ثم رجع وقال: لا يبرأ حتى يسلمها إلى صاحبها سليمة، وكذلك العارية بخلاف الوديعة.

وجه قوله الأول أن الشيء أمانة في يده؛ ألا ترى أنه لو هلك في يده قبل الخلاف لا ضمان عليه، فكانت يده يد المالك، فالهلاك في يده كالهلاك في يد المالك فأشبه الوديعة؛ ولهذا لو هلك في يده ثم استحق بعد الهلاك وضمنه المستحق يرجع على المؤاجر كالمودع، بخلاف المستعير فإنه لا يرجع.

وجه قوله الآخر أن يد المستأجر يد نفسه؛ لأنه قبض الشيء لمنفعة نفسه فكانت يده يد

---

(١) يستفاد حكم الوجه الأول وما بعده من الخانية من أوائل فصل في إجارة الدواب ص : ٣٢٦، ومثله في الهندية بعد ورقة وصحيفة من السابع والعشرين في مسائل الضمان ص : ٤٧٩.

جاء في الفتاوى الهندية ٤/ ٤٩٠ : « أن المستأجر إذا خالف إلى مثل المشروط أو أخف فلا شيء عليه؛ لأن الرضا بأعلى الضررين رضًا بالأدنى وبمثله دلالة، وإن خالف إلى ما فوقه في الضرر فعطبت الدابة فإن كان من خلاف جنس المشروط ضمن الدابة ولا أجر عليه، وإن كان من جنسه ضمن بقدر الزيادة وعليه الأجر؛ لأنها هلكت بفعل مأذون وغير مأذون؛ فيقسم على قدرهما إلا إذا كان قدرًا لا تطيقه الدابة فيضمن لكونه غير معتاد فلا يكون مأذونًا فيه ».

نفسه لا يد المؤاجر، وكذا يد المستعير لما قلنا، وإذا كانت يده يد نفسه فإذا ضمن بالتعدي لا يبرأ من ضمانه إلا برده إلى صاحبه؛ لأنه لا تكون الإعارة إلى المكان المأذون فيه ردًّا إلى يد نائب المالك فلا يبرأ من الضمان، بخلاف الوديعة لأن يد المودع يد المالك لا يد نفسه، ألا ترى أنه لا ينفع بالوديعة؛ فكان العود إلى الوفاق ردًّا إلى يد نائب المالك فكان ردًّا إلى المالك معنى، فهو الفرق، وأما الرجوع على المؤاجر بالضمان فليس ذلك لكون يده يد المؤاجر؛ بل لأنه صار مغرورًا من جهته كالمشتري إذا استحق المبيع من يده أنه يرجع على البائع بسبب الغرور، كذا هذا، ولو استأجرها ليركبها إلى مكان عيَّنه فركبها إلى مكان آخر يضمن إذا هلكت، وإن كان الثاني أقرب من الأول؛ لأنه صار مخالفًا لاختلاف الطرق إلى الأماكن فكان بمنزلة اختلاف الجنس ولا أجرة عليه لما قلنا.

وهذا ما تناولته المادة في مادة (٥٤٥، ٥٤٦) من مجلة الأحكام العدلية؛ فالمادة (٥٤٥) تنصُّ على أنه: « من استكرى دابة إلى محلٍّ معين فليس له تجاوز ذلك المحل بدون إذن المكاري، فإذا تجاوز فالدابة في ضمان المستأجر إلى أن يسلمها سالمة، وإن تلفت في ذهابه أو إيابه يلزم الضمان ».

والمادة (٥٤٦) تنص على أنه: «لو استكريت دابة إلى محل معين فليس للمستأجر أن يذهب بتلك الدابة إلى محل آخر، فإن ذهب وتلفت الدابة ضمن، مثلًا: لو ذهب إلى (أسلمية) بالدابة التي استكراها على أن يذهب بها إلى (تكفور طاغ) وعطبت يلزم الضمان »[1].

***

❁ (مادة ٥٧٩): من استأجر حيوانًا ليذهب به إلى محلٍّ معين، وكانت طرقه متعددة فله أن يذهب من أي طريق شاء من الطرق المسلوكة، فإن ذهب من طريق[2] غير الذي عيَّنه صاحب الحيوان وتلف الحيوان، فإن كان الطريق الذي سلكه أصعب من الطريق الذي عيَّنه صاحبها

---

(١) مجلة الأحكام العدلية المادة (٥٤٥، ٥٤٦).

(٢) قوله: « فإن ذهب من طريق... إلخ » يستفاد من الهندية بعد ورقتين من السابع والعشرين في مسائل الضمان ص : ٤٨٠.

جاء في الفتاوى الهندية ٤/ ٤٩٣، ٤٩٤ : « من استأجر دابة ليحمل عليها حملًا معينًا إلى موضع معين في طريق بعينه، أو استأجر حمارًا يحمل متاعه في طريق بعينه فأخذ في طريق آخر يسلكه الناس فهلكت أو المتاع لم يضمن، وإن بلغ فله الأجر؛ لأن الطريقين لما لم يتفاوتا لم يفد تعيينه، حتى لو أخذ في طريق لا يسلكونه أو هو مخوف ضمن؛ لأن تعيينه مفيد ».
انظر أيضًا تبيين الحقائق: ٥/ ١١٩.

لزم المستأجر ضمان قيمتها، وإن كان مساويًا له أو أسهل منه فلا ضمان عليه[١].

لو استؤجر حيوان إلى محل معين وكانت طرقه متعددة فللمستأجر أن يذهب في أي طريق شاء من الطرق التي يسلكها الناس، ولو ذهب المستأجر من طريق غير الذي عيَّنه صاحب الدابة وتلفت، فإن كان ذلك الطريق أصعب من الطريق الذي عيَّنه يلزم الضمان، وإن كان مساويًا أو أسهل فلا، فهناك في ذلك ثلاث صور:

أولاها: ألا يكون صاحب الدابة قد عيَّن الطريق، فللمستأجر في هذه الحال أن يسلك أي طريق شاء من الطرق التي يسلكها الناس، وعلى ذلك فلو تلف الحيوان بمسيره في إحدى الطرق المذكورة فلا يلزم المستأجر ضمان.

ثانيها: إذا عيَّن صاحب الدابة طريقًا من الطرق المتعددة التي تؤدي إلى ذلك المحل وسلك المستأجر طريقًا غير الطريق الذي عينه صاحب الدابة وتلفت، فإن كانت تلك الطرق متفاوتة، أي: كأن كانت أبعد من الطريق الذي عيَّنه صاحب الدابة أو أوعر أو أخوف ففي هذه الاحتمالات الثلاثة يكون تعيين الطريق صحيحًا ويكون المستأجر غاصبًا بمخالفته ويجب عليه الضمان؛ لأن تعيين الطريق فيها مفيد.

أما إذا لم تتلف الدابة في مثل هذه الحال وبلغت المكان المقصود سالمة فإنما يلزم المستأجر الأجر المسمى فقط؛ لأنه لمَّا كان جنس الطرق واحدًا فإنه يظهر حكم المخالفة بظهور أثر التفاوت بينها ألا وهو هلاك الدابة، ومتى سلمت الدابة وسلمت إلى صاحبها لا عيب فيها لم يكن التفاوت بينها حقيقيًّا بل صوريًّا فقط، فلذلك لزم الأجر المسمى.

ثالثها: كون الطريق الذي سلكه المستأجر مساويًا أو أسهل من الطريق الذي عيَّنه صاحب الدابة، فبما أن التعيين هنا لم يكن مقيدًا فليس بصحيح ولا يلزم المستأجر ضمان فيما إذا تلفت الدابة.

ويتفرع عن ذلك لو استأجر أحد حمَّالًا لنقل أمتعته إلى مكان، وكان لهذا المحل عدة طرق تؤدي إليه فللحمَّال أن يسلك أي الطرق التي يسلكها الناس عادة، وليس عليه ضمان إذا تلف الحمل، أما إذا عيَّن له صاحب الحمل طريقًا من هذه الطرق المتعددة فيلزم عليه أن يسلكها، وإن سلك غيرها فهو ضامن إذا تلف وكان الطريق الذي سلكه أبعد أو أصعب

---

(١) وفي حاشية الطحطاوي ٤/ ٢١ : لو كان الطريق مسلوكًا فلا ضمان إذا لم يكن بينهما تفاوت، أما إذا تفاوتا يضمن لصحة التقييد، قال العلامة المقدسي: قد يتعين الأوعر لخوف في السهل أو عكسه، فإذا خالف ما الحكم... ا. هـ. هل يعد خلافًا إلى خير؟ والظاهر أنه وجد أمران متعارضان: الأمن والوعر والسهولة والخوف فيتساقطان ويرجع إلى التقييد، مجمع الأنهر: ٢/ ٣٨٠.

أو أخوف من الطريق الذي عيَّنه صاحب المال، أما إذا كان مساويًا له أو أهون منه فلا يفسده، أما إذا لم يتلف الحمل وسلَّمه وأوصله الحمال إلى المكان المعين سالمًا فله الأجر المسمى على كل حال[1].

***

● (مادة ٥٨٠): لا يجوز للمستأجر أن يضرب الدابة ولا أن يسيِّرها سيرًا عنيفًا[2]، فإن ضربها أو كبحها بلجامها أو سيرها سيرًا عنيفًا فوق المعتاد فعطبت فعليه ضمان قيمتها[3].

ليس للمستأجر ضرب دابة الكراء من دون إذن صاحبها، ولو ضربها وتلفت بسببه ضمن، مثلًا: لو استكرى أحد حمارًا ليحضر عليه حطبًا من محل فضربه فوقع وتلف ضمن قيمته.

كذلك ليس للمستأجر أن يكبح الدابة باللجام لإيقافها، فإن كبحها وعطبت ضمن، والكبح هو أن يجذبها لنفسه لإيقافها، وهذا مذهب أبي حنيفة، وإذا ساقها بما يخالف المعتاد بالعنف والشدة وعطبت لزمه الضمان بالإجماع.

وللمستأجر عند الإمامين ضرب الدابة الضرب المعتاد، وإذا تجاوز الضرب المعتاد لزمه الضمان بالاتفاق؛ لأن التعارف مما يدخل تحت مطلق العقد؛ لأن المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا، وربما لا تنقاد الدابة إلا به فيكون الإذن ثابتًا منه بالعرف، والمتعارف يدخل تحت المطلق فكانت هالكة بالمأذون فيه فلا يضمنه.

والمفتى به قول أبي حنيفة وقد رجحته المجلة، ودليله: الإذن مقيد بشرط السلامة؛ إذ يتحقق السوق بدونه، وهو للمبالغة فيتقيد بوصف السلامة كالمرور في الطريق، أما لو أذن صاحب دابة الكراء بضربها فليس للمستأجر إلا الضرب على الموضع المعتاد، وإن ضربها على غير الموضع المعتاد وتلفت يلزم الضمان.

وحينئذ لو عطبت فلا يلزمه ضمان، وإن ضربها على غير الموضع المعتاد ولو بموجب

---

(١) انظر شرح مجلة الأحكام العدلية المادة (٥٤٧): ١/ ٦٣١، ٦٣٢.

(٢) يستفاد من الدر ورد المحتار من أوسط ما يجوز من الإجارة ص: ٢٥ وكذا الفقرة بعدها.

وجاء في رد المحتار ٦/ ٣٩: «وضمن بضربها وكبحها بلجامها لتقييد الإذن بالسلامة؛ لأن السوق يتحقق بدون الضرب، وإنما تضرب للمبالغة».

(٣) جاء في الفتاوى الهندية ٤/ ٤٩٣: «وإذا كبح الدابة بلجامها أي جذبها إلى نفسه بعنف أو ضربها فعطبت ضمن عند أبي حنيفة وعليه الفتوى، وعن إسماعيل الزاهد قال: لو استأجرها ليركبها فضربها فماتت إن كان يضربها بإذن صاحبها وأصاب الموضع المعتاد لا يضمن إجماعًا، وإن أصاب غير الموضع المعتاد يضمن بالإجماع إلا أن يكون مأذونًا له في ذلك الموضع بعينه، فإن عنف في السير يضمن إجماعًا».

انظر حاشية الطحطاوي: ٤/ ٢٠، تبيين الحقائق: ٥/ ١١٨، مجمع الأنهر: ٣/ ٣٧٩.

كأن ضربها على رأسها والمعتاد ضربها على عرفها وعطبت لزمه الضمان، بخلاف ما إذا أذن المالك نصًّا وصراحة بالضرب على ذلك العضو الذي لم يعتد الضرب عليه، وحينئذ لو عطبت الدابة لضربها عليه فلا يلزمه الضمان؛ لأن ضربه بعد الإذن كضرب المالك.

فكما أن المؤجر لا يضمن فيما لو عطبت الدابة بضربه فالمستأجر لا يضمن فيما لو ضرب الدابة بإذنه وعطبت؛ لأن الإذن والإجازة توكيل[1].

***

(١) انظر مجلة الأحكام العدلية المواد (٥٥٦، ٥٥٧): ١/ ٦٤٠، ٦٤١.

الفَصْلُ الثَّانِي

في إجارة الدواب والعربات للحمل

❁ **(مادة ٥٨١): تجوز إجارة الدواب والعربات للحمل، بشرط بيان ما يحمل عليها وتعيين المدة أو المحل الذي يراد حملها ونقلها إليه[١]، ويجوز استئجارها للحمل بدون تعيين مقداره ولا الإشارة إليه، وينصرف إلى المعتاد[٢]** .

لا يجوز استئجار دابة من دون تعيين، ولكن إن عينت بعد العقد وقبل المستأجر يجوز، وكذا لو استؤجرت دابة من نوع على ما هو المعتاد بلا تعيين يجوز ويصرف إلى المتعارف المطلق، مثلًا: لو استؤجرت دابة من المكاري إلى محل معلوم على ما هو المعتاد يلزم المكاري إيصال المستأجر بالدابة إلى ذلك المحل على الوجه المعتاد.

وأيضًا لو استؤجرت دابة من نوع على ما هو المعتاد بلا تعيين، أي إذا تعهد المكاري بحمل الحمل جاز وصرف الحمل المعقود عليه على المتعارف المطلق، والشيء الذي يتعهد به على الوجه المشروح هو النقل والحمل الخاص.

مثلًا: لو استؤجر فرس من المكاري إلى محل معلوم على ما هو المعتاد والمتعارف كانت الإجارة جائزة، ويلزم المكاري إيصال المستأجر بفرس إلى ذلك المحل على الوجه المعتاد[٣].

***

❁ **(مادة ٥٨٢): من استحق منفعة مقدرة بالعقد فله أن يستوفي مثلها أو دونها لا أكثر منها[٤]، فمن استأجر دابة للحمل وبيّن نوع ما يحمله وقدره وزنًا فله أن يحملها حملًا مساويًا له**

---

(١) يستفاد من الهندية من أوائل ما يجوز من الإجارة وما لا يجوز ص : ٤٣٤.

جاء في الفتاوى الهندية ٤/ ٤٤٠ : « وفي إجارة الدواب لا بد من بيان المدة أو المكان، فإن لم يبن أحدهما فسدت، ولا بد أيضًا من بيان ما يستأجر له من الحمل والركوب وما يحمل عليها ومن يركبها » انظر البناية في شرح الهداية: ٧/ ٩٠٨.

(٢) يستفاد من الهندية من الباب المذكور قبله ص : ٤٣٥.

جاء في الفتاوى الهندية ٤/ ٤٤٠: « استأجر إبلًا أو حميرًا ليحمل عليها الحنطة، ولم يبين مقدار الحنطة ولا أشار إليها لا يجوز عند البعض، وعند البعض يجوز وينصرف إلى المعتاد، وهذا أظهر وعليه الفتوى ».

(٣) انظر مجلة الأحكام العدلية المادة (٥٤١).

(٤) يستفاد حكمها من الدر من باب: ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافًا فيها في أوسطه.

في الوزن أو حملًا أخف منه وزنًا لا أكثر منه.

الأصل أن من استحق منفعة مقدرة بالعقد فاستوفاها أو مثلها أو دونها جاز، ولو أكثر لم يجز.

وهذا ما يتفق مع ما ورد في المادة (٢٨٦) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، والتي تنص على أنه: « تصح إجارة ما تستوفى منفعته المتفق عليها في عقد الإجارة أو مثلها أو دونها، فلو أكثر لم يجز »، وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة: أنه تجوز الإجارة فيما تستوفى منفعته المتفق عليها في عقد الإجارة أو مثلها أو دونها، فلو سمى نوعًا أو قدرًا كإردب من القمح، له حمل مثله بشرط التساوي في الوزن، وأخف لا أضر كالملح.

والأصل أن من استحق منفعة مقدرة بعقد الإجارة أي معينة قدرًا فدخل فيه زراعة الأرض إذا عين نوعًا للزراعة، له أن يزرع مثله وأخف لا أضر - كما في البحر - فاستوفاها أو مثلها أو دونها كإردب شعير بدلًا من إردب قمح جاز ذلك، أما لو أكثر لم يجز، ومما لا يجوز تحميل وزن القمح قطنًا لا شعيرًا في الأصح، أي: لو عين قدرًا من الحنطة فحمل مثل وزنه شعيرًا جاز فلا يضمن لو عطبت الدابة استحسانًا وهو الأصح، بخلاف ما إذا حمل وزن الحنطة قطنًا؛ لأنه يأخذ من ظهر الدابة أكثر من الحنطة، وفيه حرارة فكان أضر على الدابة من الحنطة، وحاصل ذلك أنه متى كان ضرر أحدهما فوق ضرر الآخر من وجه لا يجوز وإن كان أخف ضررًا من وجه آخر.

***

❁ (مادة ٥٨٣): إذا حمل المستأجر الدابة حملًا مساويًا للحمل المسمى فعطبت فإن كان المحمول يأخذ من موضع الحمل أقل مما يأخذه المسمى فعليه الضمان وإن استويا وزنًا، كما لو سمى حنطة فحمل مقدارها حديدًا أو حجرًا وإن كان المحمول يأخذ من موضع الحمل قدر ما يأخذه المسمى أو أكثر فلا ضمان عليه، إلا إذا جاوز المحمول في الصورة الثانية موضع الحمل، كما لو سمى حنطة فحمل بوزنها تبنًا أو قطنًا بحيث جاوز موضع الحمل فإنه يضمن[1].

ليست هذه المادة إلا تفريعًا وتوضيحًا لما جاء في المادة السابقة عليها.

***

(١) حكمها يستفاد من الدر ورد المحتار من أوسط ما يجوز من الإجارة ص : ٢٢.

(مادة ٥٨٤): لا يجوز للمستأجر أن يحمِّل الدابة أكثر من القدر الذي عيَّنه واستحقه بالعقد، فإن خالف وحمَّلها زيادة عنه وكانت الدابة لا تطيقه فعطبت ضمن جميع قيمتها، سواء كانت الزيادة من جنس المسمى أو من غير جنسه.

وإن كانت الدابة تطيق الزيادة وكانت الزيادة من جنس المسمى وحملت هي والمسمى معًا، ضمن المستأجر قدر الزيادة لا جميع القيمة، وإنما يضمن المستأجر إن كان هو الذي باشر الحمل بنفسه، فإن حملها صاحبها بيده وحده فلا ضمان على المستأجر، وإن حملاها ووضعا الحمل عليها معًا وجب النصف على المستأجر بفعله وهدر فعل صاحبها[1].

وإذا استأجرها ليحمل عليها مقدارًا فحمل عليها أكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل، وهذا إذا حمَّلها المستأجر، فإن حمَّلها صاحبها بيده وحده فلا ضمان على المستأجر؛ لأنه هو المباشر، وإن حملا الحمل معًا ووضعاه عليها وجب النصف على المستأجر بفعله وهدر فعل صاحبها، ولو كان البُر مثلًا في جولقين فحمل كل واحد منهما جولقًا - أي: وعاء كعدل مثلًا - وحده ووضعاه عليها معًا أو متعاقبًا لا ضمان على المستأجر، ويجعل حمل المستأجر ما كان مستحقًا بالعقد غاية، ومفاده أنه لا ضمان على المستأجر سواء تقدم أو تأخر وهو الوجه، وكذا لا ضمان لو حمل المستأجر أولًا ثم رب الدابة، وإن حملها ربها أولًا ثم المستأجر ضمن نصف القيمة، وإذا كانت الدابة المستأجرة تطيق مثله، أما إذا كانت لا تطيق فجميع القيمة لازم على المستأجر، ويجب عليه الأجر للحمل، والضمان للزيادة [2].

وهذا يتفق مع ما ورد في المادة (٥٥٩) من مجلة الأحكام العدلية، والتي تنص على أنه: « لو استكريت دابة عين نوع حملها ومقداره يصح تحميلها حملًا آخر مماثلًا له أو أهون منه في المضرة أيضًا، ولكن لا يصح تحميل شيء أزيد في المضرة، مثلًا: من استكرى دابة على أن يحملها خمسة أكيال حنطة كذلك يجوز له أن يحملها خمسة أكيال شعير، ولكن لا يجوز تحميل خمسة أكيال حنطة»[3].

***

(مادة ٥٨٥)[4]: من استأجر دابة لنقل حمل له إلى محل معين بأجر معلوم فتعبت الدابة في الطريق قبل الوصول إلى المحل المقصود فإن كان المستأجر استأجر الدابة بعينها كان له

---

(١) يستفاد حكم هذه الفقرات الثلاث من أوسط ما يجوز من الإجارة من الدر ورد المحتار ص : ٢٤.

(٢) جاء في رد المحتار: ٦/ ٣٨، حاشية الطحطاوي: ٤/ ١٩، ٢٠، البناية في شرح الهداية: ٧/ ٩١٤، ٩١٥.

(٣) مجلة الأحكام العدلية المادة (٥٥٩).

(٤) المواد من (٥٨٥) إلى (٩٠٩) في طبعة الفرجاني ذكرت خطأ فقد كرر رقم المادة (٥٨٤).

الخيار إن شاء نقض الإجارة وإن شاء تربص إلى أن تقوى الدابة، وليس له أن يطالب المؤجر بدابة أخرى، وإن كان المستأجر استأجر دابة بغير عينها كان له أن يطالبه بدابة أخرى[1].

لو استأجر دابة معينة إلى محل معين وتعبت في الطريق فالمستأجر يكون مخيرًا إن شاء انتظرها حتى تستريح وإن شاء نقض الإجارة، وبهذه الحال يلزم المستأجر أن يعطي حصة ما أصاب تلك المسافة من الأجر المسمى للآجر، لكن لو استؤجرت دابة معينة إلى محل معين وتلفت في الطريق أو قبل الخروج إلى السفر فسخت الإجارة، وإذا تعبت فللمستأجر الخيار، إن شاء انتظر الدابة إلى أن تستريح وتستطيع أن تحمل ما استؤجرت لأجله، وإن شاء نقض الإجارة وسلَّم الدابة لصاحبها إن كان معه، وليس له أن يطلب منه دابة أخرى؛ لأن عقد الإجارة واقع على دابة معينة وغيرها لم تكن معقودًا عليها.

وإذا لم يكن صاحب الدابة معه وترك الدابة حيث تعبت فتلفت فلا يلزمه ضمان إذا كانت لا تستطيع المشي والحركة بالكلية؛ لأن منه ضرورة وعذرًا؛ لأن من شأن الدابة أن تمشي ما بقي فيها رمق من الحياة فإذا عجزت عن المشي تموت في مقامها.

وإذا كانت الدابة في إمكانها المشي نوعًا ما إلى أقرب مكان مسكون وتركها ضمن قيمتها في المكان الذي تركها فيه، وإن باعها وأخذ ثمنها ينظر؛ فإذا لم تكن مراجعة الحاكم وأخذ الإذن في بيعها ممكنة فلا ضمان عليه، وإذا كانت ممكنة ضمن.

وهكذا فإنه إذا تعبت الدابة أثناء الطريق أو هلكت فللمستأجر نقض الإجارة، ولكن عليه من الجهة الأخرى أداء نصيب المسافة التي قطعها بالدابة من الأجر المسمى، وينظر في تقسيم البدل إلى الطريق وسهولتها فضلًا عن المسافة والامتداد؛ أي أنه لو تعبت الدابة في منتصف الطريق مثلًا فلا يلزم نصف البدل المسمى؛ بل ينظر إلى وعورة النصف الذي قطع وسهولته بالنسبة إلى النصف الباقي وعلى هذه النسبة يقسم البدل؛ لأن رب فرسخ كراؤه خمسة قروش، ورب فرسخ كراؤه عشرة قروش.

وإذا لم يفسخ المستأجر الإجارة في مثل هذه الحال وساق الدابة أمامه دون أن يركبها لزمه الأجر المسمى كله، ما لم يكن ذلك لعدم احتمالها الركوب مطلقًا ولسوقها إلى صاحبها وإيصالها إليه، كذلك لو استأجر أحد دابة لتحمل متاعًا معلومًا ومرضت فحملها شيئًا دونه فعليه أداء الأجرة تمامًا.

وإذا تعينت الدابة في العقد وتعبت في الطريق فللمستأجر نقض العقد، لكن إذا استأجر

---

(١) يستفاد حكمها من السادس والعشرين من أوائله ص: ٤٧٤ من الهندية.

أحد دابة معينة لنقل حمل إلى المكان الفلاني ومرضت أثناء الطريق فحمل المكاري الحمل على دابة دونها وأوصله إلى المكان المقصود فليس للمستأجر أن يمسك شيئًا من الأجرة بداعي نقصان أجرة هذه عن أجرة الدابة التي استأجرها؛ لأنه رضي بها حين التحميل.

أما لو اشترط إيصال حمل معين إلى محل معين وتعبت الدابة في الطريق فالمكاري مجبور على تحميله على دابة أخرى وإيصاله إلى ذلك المحل.

***

(مادة ٥٨٦): وضع الحمل عن الدابة على المكاري[١] ونفقتها على صاحبها[٢] فإن علفها المستأجر أو سقاها بلا إذن صاحبها فهو متبرع لا رجوع له عليه بما أنفقه.

وضع الحمل على الدابة على المكاري ونفقة المأجور على الآجر سواء كانت الأجرة عينًا أو دينًا؛ لأن المأجور ملك الآجر، وإذا اشترطت نفقته على المستأجر فسدت الإجارة؛ لأن هذا الشرط نافع للمؤجر، وإذا علف المستأجر المأجور بمقتضى الشرط يرجع بما صرفه على المؤجر من بدل الإيجار.

وإذا أمر المستأجر غيره بالإنفاق على الدابة المأجورة وأنفق عليها، فإذا كان المأمور لا يعلم أنها لغير الآمر يرجع عليه بما صرفه وإلا فلا، وإذا أمر المؤجر المستأجر بالصرف على المأجور والرجوع عليه باقتطاع ذلك من بدل الإيجار فللمستأجر الرجوع على الآجر أو قطع ذلك من الأجرة، وإذا اختلفا بمقدار ما صرف فعلى المستأجر البرهان، إلا إذا أبقى المستأجر مقدارًا من الأجرة في يده ليصرفه على المأجور فيصدَّق حينئذٍ بيمينه لأنه أمين[٣].

***

---

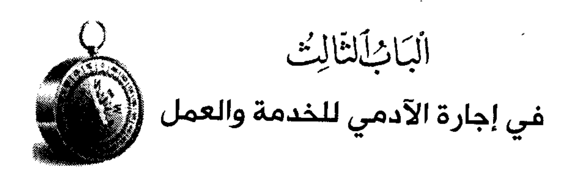
(١) يستفاد من الهندية من السابع عشر من الإجارة ص: ٤٤١.

جاء في الفتاوى الهندية ٤/ ٤٥٦: « ولو تكارى دابة ليحمل عليها صاحب الدابة الحمل فإنزال الحمل عن الدابة يكون على المكاري، وإدخال الحمل في المنزل لا يكون عليه، إلا أن يكون ذلك في موضع يكون ذلك عليه في عُرفهم».

(٢) يستفاد من الهندية من أول الباب السابع عشر فيما يجب على المستأجر ص: ٤٤٠.

جاء في الفتاوى الهندية ٤/ ٤٥٥: أن « نفقة المستأجر على الآجر سواء كانت الأجرة عينًا أو منفعة، وعلف الدابة المستأجرة وسقيها على المؤجر؛ لأنها ملكه فإن علفها المستأجر بغير إذنه فهو متطوع لا يرجع به على المؤجر ».

(٣) مجلة الأحكام العدلية للمحاسني المادة (٥٦٠، ٥٦١).



الباب الثالث
في إجارة الآدمي للخدمة والعمل

(مادة ٥٨٧): تجوز إجارة الآدمي للخدمة أو لغيرها من أنواع العمل، مع بيان المدة أو تعيين قدر العمل وكيفيته[١].

يجوز إجارة الآدمي للخدمة أو لإجراء صنعة، كالخياطة أو تعليم القرآن أو حفظ الوديعة ببيان مدة، أو بتعيين العمل بصورة أخرى كبيان المسافة كما بينًا في الفصل الثالث من الباب الثاني؛ لأن إجارة الإنسان يجب فيها تعيين العمل مطلقًا، والإجارة الواردة على العمل لا تحتاج لبيان المدة، أما الإجارة الواردة على المدة فلا بد من تعيين العمل فيها.

مثلًا: إذا استأجر أجيرًا ليقطع له حطبًا معينًا بدون تعيين المدة، فإذا كان الحطب ملك المستأجر صحت الإجارة، وإذا كان مباحًا ومعينًا فسدت الإجارة واستحق الأجير أجر المثل، وإذا كان مباحًا وغير معين فهو للأجير دون المستأجر، أما جمع المدة مع العمل فهو للاستعجال ولا يفسد الإجارة عند الإمامين، ويفسدها عند أبي حنيفة؛ لأنه موجب للنزاع، ولأن الأجير يريد قبض الأجرة بانقضاء المدة سواء عمل أم لم يعمل، والمستأجر يطلب العمل فقط، وقد رأى الإمامان صحة الإجارة على هذا الوجه بوقوعها على العمل؛ ولأن المدة للتعجيل فقط.

وفي الخيرية: لا تجوز الإجارة للكفالة؛ لأن الكفالة ربط ذمة بذمة، والإجارة هي تمليك المنفعة[٢].

وتتفق هذه المادة مع المادة (٦٦٧) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[٣]، والتي تنص على أن: « عقد العمل عقد يعمل بمقتضاه أحد المتعاقدين لدى المتعاقد الآخر وتحت إدارته أو إشرافه مقابل أجر »[٤].

---

(١) ينظر درر الحكام في شرح مجلة الأحكام المادة (٥٦٢).

(٢) مجلة الأحكام العدلية للمحاسني المادة (٥٦٢).

(٣) انظر المادة (٦٦٧) من المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص : ٢٥٢.

(٤) هذه المادة تقابل المادة (٦٧٤) من القانون المدني المصري التي تنص على أنه: «عقد العمل هو الذي يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل في خدمة المتعاقد الآخر وتحت إدارته أو إشرافه مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر ». =

❁ **(مادة ٥٨٨): الأجير قسمان: خاص ومشترك**[١].

إجارة الأشخاص تقع على صورتين: أجير خاص استؤجر على أن يعمل للمستأجر فقط، ويسميه بعض الفقهاء « أجير الوحد » كالخادم والموظف، وأجير مشترك يكترى لأكثر من مستأجر بعقود مختلفة، ولا يتقيد بالعمل لواحد دون غيره كالطبيب في عيادته والمهندس والمحامي في مكتبيهما، والأجير الخاص يستحق أجرة على المدة، أما الأجير المشترك فيستحق أجرة على العمل غالبًا[٢].

***

❁ **(مادة ٥٨٩): الأجير الخاص هو الذي يعمل لغيره واحدًا كان أو أكثر عملًا مؤقتًا، مع اشتراط التخصيص عليه وعدم العمل لآخر، هذا إن قدم ذكر العمل في العقد على الوقت، أما لو قدم الوقت على العمل كأن استأجره شهرًا لرعي غنمه فلا يشترط التخصيص بل انتفاء التعميم، ويستحق الأجرة إن حضر للعمل مع تمكنه منه وإن لم يعمل**[٣].

« الأجير الخاص ويسمى « أجير وحد »، وهو من يعمل لواحد عملًا مؤقتًا بالتخصيص، ويستحق الأجر بتسليم نفسه في المدة، وإن لم يعمل كمن استؤجر شهرًا للخدمة، أو شهرًا لرعي الغنم المسمى بأجر مسمى، بخلاف ما لو آجر المدة بأن استأجره للرعي شهرًا؛ حيث يكون مشتركًا، إلا إذا شرط أن لا يخدم غيره ولا يرعى لغيره فيكون خاصًا ».

قال القهستاني: لو استأجر رجلان أو ثلاثة رجال رجلا لرعي غنم مثلًا لهما أو لهم خاصة كان أجيرًا خاصًا، كما في المحيط وغيره، فمن له أن يعمل لغير من استأجره أولًا لا يكون أجيرًا خاصًا، وكذلك من يعمل لواحد من غير توقيت، كالخياط إذا عمل لواحد ولم يذكر مدة (ح)، ولا يعتبر أجيرًا خاصًا من يرعى الغنم مثلًا إذا عمل لواحد عملًا مؤقتًا من غير

=وتقابل هذه المادة (٢٩) من قانون العمل الحالي رقم (١٣٧ لسنة ١٩٨١م) التي تنص على أنه: تسري أحكام هذا الباب على العقد الذي يتعهد بمقتضاه عامل بأن يعمل لدى صاحب العمل وتحت إدارته أو إشرافه لقاء أجر أيًا كان نوعه ».

وتقابل المادة (٩٠٠/ ١) من التقنين العراقي.

وتقابل المادة (٨٠٥/ ١) من التقنين الأردني.

(١) يستفاد حكمها من أول باب ضمان الأجير ص: ٣٥ من هامش الطحطاوي: ٤/ ٣٥ التي جاء فيها أن: « الأُجَرَاء على ضربين: مشترك وخاص ».

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية: ١/ ٢٨٨.

(٣) يستفاد من الدر ورد المحتار من ضمان الأجير ص: ٤٣ ورد المحتار: ٦/ ٦٩، حاشية الطحطاوي: ٤/ ٣٨، تبيين الحقائق: ٥/ ١٣٧.

أن يشترط عليه عدم العمل لغيره[١].

وهذا يتفق مع ما ورد في مادة (٣٢٣) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، والتي تنص على أن: « الأجير الخاص هو من يعمل لمعين واحد أو أكثر عملًا مؤقتًا بالتخصيص ».

***

❁ (مادة ٥٩٠): ليس للأجير الخاص أن يعمل في مدة الإجارة لغير مستأجره، وإن عمل للغير ينقص من الأجر بقدر ما عمله[٢]، وليس له أن يشتغل بشيء آخر سوى المكتوبة حتى لا يصلي النافلة[٣].

قوله: ليس للأجير الخاص أن يعمل في مدة الإجارة لغير مستأجره، بل ولا أن يصلي النافلة.

قال في التتار خانية وفي فتاوى الفضلي: وإذا استأجر رجلًا يومًا يعمل كذا فعليه أن يعمل ذلك العمل إلى تمام المدة، ولا يشتغل بشيء آخر سوى المكتوبة، وفي فتاوى سمرقند: وقد قال بعض مشايخنا: له أن يؤدي السُّنة أيضًا، واتفقوا أنه لا يؤدي نفلًا وعليه الفتوى، وفي غريب الرواية: قال أبو علي الدقاق: لا يمنع في المصر من إتيان الجمعة، ويسقط من الأجر بقدر اشتغاله إن كان بعيدًا، وإن كان قريبًا لم يحط شيء، فإن كان بعيدًا واشتغل قدر ربع النهار يحط عنه ربع الأجرة.

وقوله: وإن عمل للغير ينقص من الأجر بقدر ما عمله:

قال في التتار خانية: نجار استؤجر إلى الليل فعمل لآخر دواة بدرهم وهو يعلم فهو آثم، وإن لم يعلم فلا شيء عليه، وينقص من أجر النجار بقدر ما عمل في الدواة[٤].

***

❁ (مادة ٥٩١): الأجير المشترك هو الذي يعمل لا لواحد مخصوص ولا لجماعة مخصوصين، أو يعمل لواحد مخصوص أو لجماعة مخصوصين عملًا غير مؤقت أو عملًا مؤقتًا بلا اشتراط التخصيص عليه[٥]. والأجير المشترك لا يستحق الأجرة إلا إذا عمل.

---

(١) مجمع الأنهر: ٢/ ٣١٣.

(٢) جاء في رد المحتار ٦/ ٧٠: « وليس للخاص أن يعمل لغيره، ولو عمل نقص من أجرته بقدر ما عمل ».

(٣) يستفاد من الدر ورد المحتار من ضمان الأجير ص: ٤٤.

(٤) جاء في رد المحتار: ٦/ ٧٠.

(٥) يستفاد من الدر من أوائل باب ضمان الأجير ص: ٣٥ بهامش الطحطاوي.

الأجير المشترك وهو: من يعمل لا لواحد كالخياط ونحوه، أو يعمل له عملًا غير مؤقت، كأن استأجره للخياطة في بيته غير مقيدة بمدة وإن لم يعمل لغيره، أو مؤقتًا بلا تخصيص كأن استأجره ليرعى غنمه شهرًا بدرهم، إلا أن يقول: ولا ترع غنم غيري[١].

وهذا يتفق مع ما ورد في المادة (٣١٨، ٣١٩) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان؛ فالمادة (٣١٨) تنص على ما يلي: « الأجير المشترك من يعمل لغير واحد أو يعمل له عملًا غير مؤقتٍ أو مؤقتًا بلا تخصيص به ».

وتنص المادة (٣١٩) على أنه: « لا يستحق الأجير المشترك الأجر حتى يعمل؛ لأن الإجارة عقد معاوضة فتقتضي المساواة بين العوضين، فما لم يسلم المعقود عليه للمستأجر وهو العمل لا يسلم للأجير العوض وهو الأجر »[٢].

تتفق هذه المادة مع المادة (٦٦٩) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[٣]،التي تنص على أنه:

١ - تسري أحكام عقد العمل على العلاقة ما بين أصحاب الأعمال وبين الطوافين والممثلين التجاريين والمندوبين الجَوابين ومندوبي التأمين وغيرهم من الوسطاء، ولو كانوا مأجورين بطريق العمالة، وكانوا يعملون لحساب جملة من أصحاب الأعمال، ما دام هؤلاء الأشخاص تابعين لأصحاب العمل وخاضعين لرقابتهم.

٢ - وإذا انتهت خدمات الممثل التجاري أو المندوب الجوَّاب ولو كان ذلك بانتهاء المدة المعينة في عقد استخدامه، كان له الحق في أن يتقاضى على سبيل الأجر العمالة أو الخصم المتفق عليه، أو الذي يقضي به العرف عن التوصيات التي لم تبلغ صاحب العمل إلا بعد خروج الممثل التجاري أو المندوب الجَواب من خدمته، متى كانت هذه التوصيات نتيجة مباشرة لما قام به هؤلاء المستخدمون من سعي لدى العملاء أثناء مدة خدمتهم، على أنه لا يجوز لهم المطالبة بهذا الحق إلا خلال المدة المعتادة التي يقررها العرف بالنسبة إلى كل مهنة[٤].

---

(١) رد المحتار: ٦/ ٦٤، حاشية الطحطاوي: ٤/ ٣٥، تبيين الحقائق: ٥/ ١٣٣، ١٣٤.

(٢) تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (٣١٨، ٣١٩).

(٣) وانظر المادة (٦٦٩) من المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص : ٢٥٣.

(٤) هذه المادة تتطابق مع المادة (٦٧٦) من مشروع القانون المدني المصري، والفقرة الأولى من النص المقترح يشمل حكمها في الفقه الإسلامي الأجير الخاص والأجير المشترك، وليس هناك ما يمنع في هذا الفقه من سريان حكم الأجير=

....

***

=الخاص على الأجير المشترك إذا لم يشترط التخصيص عليه، أما الفقرة الثانية من المادة المذكورة فتخول الوسطاء المذكورين فيها الحق في تقاضي الأجر عن عمل قاموا به أثناء مدة خدمتهم، رغم انتهاء هذه الخدمة قبل أن يبلغ صاحب العمل بالتوصيات التي حققوها، ومن الواضح شرعًا استحقاق هؤلاء للأجر في هذه الحالة.

الفَصْلُ الأوَّلُ

في الأجير الخاص

(مادة ٥٩٢): يستحق الخادم الأجرة بتسليم نفسه للخدمة وتمكنه منها، سواء خدم أو لم يخدم، وكذلك الأستاذ إذا استؤجر[١] لتعليم علم أو فن أو صنعة وعينت المدة يستحق الأجرة بتسليمه نفسه وتمكنه من التعليم سواء علم التلميذ أو لم يعلم، فإن كانت المدة غير معينة فلا يستحق الأجرة إلا إذا علم التلميذ[٢].

يستحق الخادم الأجر بتسليم نفسه في المدة، « فلو استأجر لتعليم ولده الكتابة أو النجوم أو الطب أو التعبير جاز بالاتفاق، وفي فتوى الفضلي: ولو استأجر المعلمَ على حفظ الصبيان أو تعليم الخط والهجاء جاز، ولو شرط عليه أن يحذقه، ذكر في الأصل أنه فاسد، وفي الشروط لو دفع ابنه أو غلامه ليعلمه الحساب لا يجوز، ولو شرط عليه أن يقوم عليه في تعليم هذه الأشياء يجوز، وفي الشروط أيضًا عن محمد: إذا استأجر رجلًا ليعلم واحدًا حرفة من الحرف، فإن بين المدة بأن استأجره شهرًا مثلًا ليعلمه هذا العمل يصح العقد، وينعقد على المدة حتى يستحق المعلم الأجر بتسليم النفس، علَّم أو لم يعلِّم، وإن لم يبين المدة ينعقد العقد فاسدًا، ولو علَّمه يستحق أجر المثل وإلا فلا، فالحاصل أن فيه روايتين، والمختار أنه يجوز »[٣].

وهذا يتفق مع ما ورد في المادة (٣٢٤) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، والتي تنص على أنه: « يستحق الأجير الخاص الأجر بتسليم نفسه في المدة وإن لم يعمل ».

تتفق هذه المادة مع المادة (٦٨٢) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[٤]، ونصها:

١ - « إذا حضر العامل لمزاولة عمله في الفترة التي يلزمه بها عقد العمل، أو أعلن أنه مستعد لمزاولة عمله في هذه الفترة، ولم يمنعه عن العمل إلا سبب راجع إلى صاحب

---

(١) في طبعة دار الفرجاني « ذا اسؤجر » والمثبت من طبعة نظارة المعارف وهو الصحيح.

(٢) يستفاد حكمها من الدر ورد المحتار من أوسط باب ضمان الأجير ص: ٤٣.

(٣) رد المحتار: ٦/ ٦٩، الفتاوى الهندية: ٤/ ٤٤٨.

(٤) المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة (٦٨٢) ص: ٢٦٠.

العمل، كان له الحق في أجر تلك الفترة.

٢ - أما إذا حضر العامل وحال بينه وبين مزاولة عمله سبب أجنبي لا يد لصاحب العمل فيه، كان له الحق في نصف الأجر »[١].

* * *

❁ (مادة ٥٩٣): إذا كانت مدة الخدمة معينة في العقد، وفسخ المخدوم الإجارة قبل انقضاء المدة بلا عذر ولا عيب في الخادم يوجب فسخها، وجب على المخدوم أن يؤديه الأجرة إلى تمام المدة إذا سلم نفسه للخدمة فيها.

والأصل فيه: أن العيب إذا حدث بالعين المستأجرة، فإن أثر في المنافع يثبت الخيار للمستأجر، كالعبد إذا مرض والدار إذا انهدم بعضها ؛ لأن كل جزء من المنفعة كالمعقود عليه، فحدوث عيب قبل القبض يوجب الخيار، وإن لم يؤثر في المنافع فلا، كالعبد المستأجر للخدمة إذا ذهبت إحدى عينيه أو سقط شعره، وكالدار إذا سقط منها حائط لا ينتفع به في سكناها؛ لأن العقد ورد على المنفعة دون العين، وهذا النقص حصل بالعين دون المنفعة، والنقص بغير المعقود عليه لا يثبت الخيار[٢].

* * *

❁ (مادة ٥٩٤): إذا لم تكن المدة معينة في العقد حتى فسد؛ لجهالتها، فلكل من العاقدين فسخها في أي وقت أراد، وللخادم أجرة مثله مدة خدمته[٣].

تفسد الإجارة بالشروط المخالفة لمقتضى العقد، فكل ما أفسد البيع يفسدها، كجهالة مأجور أو أجرة أو مدة أو عمل، إلا إذا كانت الجهالة يسيرة لا تفضي إلى المنازعة.

وذلك مثل: إجارة السمسار والمنادي والحمامي والصكاك، وما لا يقدر فيه الوقت

---

(١) هذه المادة مستمدة من المادتين (٦٩٢) من مشروع القانون المدني المصري، و (٣٦) من قانون العمل المصري. فالمادة (٦٩٢) من التقنين المدني المصري تنص على أنه: « إذا حضر العامل، أو المستخدم لمزاولة عمله في الفترة اليومية التي يلزمه بها عقد العمل أو أعلن أنه مستعد لمزاولة عمله في هذه الفترة، ولم يمنعه عن العمل إلا سبب راجع إلى رب العمل، كان له الحق في أجر ذلك اليوم ».

و المادة (٣٦) من قانون العمل تنص على ما يأتي: « إذا حضر العامل إلى مقر عمله في الوقت المحدد للعمل، وكان مستعدًا لمباشرة العمل، وحالت دون ذلك أسباب ترجع إلى صاحب العمل، اعتبر كأنه أدى عمله فعلًا واستحق أجره كاملًا، أما إذا حضر وحالت بينه وبين مباشرة عمله أسباب قهرية خارجة عن إرادة صاحب العمل، استحق نصف أجره ».

(٢) انظر رد المحتار على الدر المختار: ٦/ ٧٧.

(٣) جاء في رد المحتار: ٦/ ٤٦.

ولا العمل، فإنها تجوز لما كان للناس به حاجة، ويطيب الأجر المأخوذ لو قدر أجر المثل[١].

وهذا يتفق مع ما ورد في المادة (٣٠٠) من تقنين الشريعة على مذهب أبي حنيفة، والتي تنص على أنه: « في الإجارة الفاسدة يجب أجر المثل باستيفاء المنفعة لا يتجاوز المسمى »[٢].

تتفق هذه المادة مع المادة (٦٧١) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[٣]، ونصها:

١ - « يجوز أن يبرم عقد العمل لخدمة معينة، أو لمدة معينة كما يجوز أن يكون غير معين المدة.

٢ - وإذا كان عقد العمل لمدة حياة العامل أو صاحب العمل أو لأكثر من خمس سنوات، جاز للعامل بعد انقضاء خمس سنوات أن ينهي العقد دون تعويض، على أن ينظر صاحب العمل إلى ستة أشهر »[٤].

***

---

(١) رد المحتار: ٦/ ٤٦.

(٢) تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (٣٠٠).

(٣) انظر مادة (٦٧١) من المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص: ٢٥٣.

(٤) تتفق هذه المادة مع المادة (٦٧٢) من القانون المدني المصري التي تنص على أنه:

١ - « يجوز أن يبرم عقد العمل لخدمة معينة أو لمدة معينة، كما يجوز أن يكون غير معين المدة.

٢ - فإذا كان عقد العمل لمدة حياة العامل أو رب العمل أو لأكثر من خمس سنوات، جاز للعامل بعد انقضاء خمس سنوات أن يفسخ العقد دون تعويض، على أن ينظر رب العمل إلى ستة أشهر ».

و تتفق هذه المادة المقترحة مع المادة (٩٠٢) من التقنين العراقي، و المادة (٨٠٦) من التقنين الأردني.

لكن يلاحظ أنه إذا أبرم العقد لمدة غير معينة، فإن المدة فيه قد تحدد بفترة زمنية معينة، كشهر أو سنة مثلًا، وهذه صورة للتعاقد يجيزها الفقه الإسلامي؛ حيث تلزم الإجارة في المدة الأولى المحددة لدفع الأجرة، ثم يجوز لكل من الطرفين إنهاء العقد، ما لم يدخل في مدة مماثلة فيتجدد العقد ضمنيًا، فقد نصت المادة (٤٩٢) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك على أنه « إذا كانت الإجارة واجبة لمدة محدودة النهاية فلا يعبر فيها بلفظ كل؛ كالاستئجار يومًا أو شهرًا أو سنة بكذا لزمت المدة التي سميت في العقد ولو لم يحصل نقد للأجرة، وإذا كانت مشاهرة (أي لمدة متكررة غير محدودة النهاية فيعبر فيها بلفظ كل كالاستئجار كل يوم أو كل شهر أو كل سنة بكذا) لزمت المدة الأولى فقط أو المدة التي نقد المستأجر أجرتها أو التي جرى بها العرف، ويكون لكل من المتعاقدين فيما بعد ذلك حل العقد عن نفسه متى شاء، وإذا لم يبين في العقد مدة الإجارة وجيبة كانت أو مشاهرة حمل على يوم العقد ».

وجاء في شرح هذه المادة ما يأتي: « وإنما لزم جميع المدة في إجارة الوجيبة؛ لأن العقد وقع على مدة محدودة، بخلاف إجارة المشاهرة فإن العقد وقع على مدة غير محدودة فلا يلزم من هذه المدة إلا المدة المحققة، وهي الأولى أو التي حددها نقد الأجرة أو العرف » راجع الشرح الصغير وحاشيته: ٢/ ٣١١، ٣١٢.

❁ **(مادة ٥٩٥): إذا لم تكن أجرة الخادم مقدرة في العقد فله أجر مثله مقدرًا على حسب العرف.**

لو خدم أحد آخر بناءً على طلبه من دون مقاولة على أجرة فله أجر المثل إن كان ممن يخدم بالأجرة وإلا فلا، أي أنه لو خدم أحد آخر بطلبه من دون أن يتقاولا على أجرة أو يعقدا إجارة لمدة، فلذلك الشخص أجرته اليومية إن كان ممن يخدم بالأجرة وكانت أجرته معلومة، وإذا لم تكن معلومة فله أجر المثل بالغة ما بلغت على الرجل الذي استخدمه، ويأخذها من تركته إذا توفي، إلا إذا اشترط عليه الاشتغال بدون أجرة إن كان ممن يخدم بالأجرة، وإذا لم يكن ممن يخدم بالأجرة عد متبرعًا في عمله، وليس له أخذ شيء ما، ولا يشترط فيمن يخدم بالأجرة أن يكون قبل ذلك عمل عملًا بالأجرة.

وعليه: لو خدم زيد الذي لم يسبق له أن اشتغل بالأجرة أحدًا بطلبه من دون مقاولة أجرة، فإن كان ممن يخدم بدون أجرة عادة فليس له أجرة وإلا أخذ[١].

***

❁ **(مادة ٥٩٦): لا يلزم المخدوم إطعام الخادم وكسوته إلا إذا جرى العرف به فيلزمه، سواء اشترط ذلك عليه أم لا.**

هذا هو ما تناولته المادة (٥٧٦) من مجلة الأحكام العدلية، والتي نصَّت على أنه: « لا يلزم المستأجر إطعام الأجير إلا أن يكون عرف البلدة كذلك، مثلًا لو استأجر أحد نجارًا في هذا الزمان في الأستانة فلا يلزم إطعامه، وأما إذا استأجر خادمًا في استانبول فلا بد له من إطعامه عملًا بالعرف فيها »[٢].

***

❁ **(مادة ٥٩٧): يجوز استئجار الظئر أي المرضعة بأجرة معينة، وبطعامها وكسوتها، وتكسى من أوسط الثياب[٣].**

الظِّئر: العاطفة على غير ولدها المرضعة له من الناس والإبل، الذكر والأنثى في ذلك سواء، والجمع أظؤر وأظآر وظؤور وظؤار[٤].

---

(١) انظر شرح مجلة الأحكام العدلية المادة (٥٦٣): ١/ ٦٤٩.

(٢) مجلة الأحكام العدلية وشرحها لعلي حيدر المادة (٥٧٦).

(٣) يستفاد من الدر من أوسط الإجارة الفاسدة ص: ٣٣ بهامش رد المحتار.

(٤) لسان العرب (ظأر): ٤/ ٢٧٤٠.

وإنما يجوز استئجار الظئر بأجرة معلومة؛ لقوله تعالى: ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ [الطلاق: ٦]، ولأن التعامل به كان جاريًا على عهد رسول الله ﷺ وقبله وأقرهم عليه[١]، سواء أكان الرضيع ذكرًا أو أنثى، وذلك لتعامل الناس، وهو علة الجواز، وهذا استحسان لأنها ترد على استهلاك العين وهو اللبن، ويشترط التوقيت إجماعًا (حموي عن المنصورية) والإطلاق: مشيرا إلى أنه يجوز للمسلمة أن تؤجر نفسها لإرضاع ولد غير المسلم، وبه صرح في الخانية.

« وتجوز الإجارة بطعامها وكسوتها ولها الوسط، وهذا عند الإمام لجريان العادة بالتوسعة على الظئر شفقة على الولد، فلم تكن الجهالة مفضية إلى النزاع، والجهالة ليست مانعة لذاتها، بل لكونها مفضية إلى النزاع »[٢] وهذا ما يتفق مع ما ورد في المادة (٣٠٨) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، والتي تنص على أنه: « إجارة الظئر بأجر معين جائزة ».

***

(مادة ٥٩٨): يجب على الظئر إرضاع الطفل والاعتناء بنظافته وغسل ثيابه وإصلاح طعامه[٣].

« على الظئر غسل الصبي وغسل ثيابه عن البول والغائط لا عن الوسخ، وإصلاح طعامه بالمضغ أو الطبخ، ودهنه - بفتح الدال - أي جعل الصبي مطليًا بالدهن - بالضم -؛ لأن كلًا منها عليها عرفًا والعرف معتبر فيما لا نص فيه »[٤].

وفي الكفاية: الصحيح أن غسل ثياب الصبي من البول ونحوه عليها ومن الوسخ والدرن لا يكون عليها، وعليها أن تصنع له الطعام ولا تأكل شيئًا يفسد لبنها ويضرُّ به (المضمرات) وما ذكره محمد من أن الدهن والريحان عليها عادة أهل الكوفة، وقد قالوا في توابع العقود التي لا ذكر فيها: إنها تحمل على عادة كل بلد، كالسلك على الخياط، والدقيق الذي يصلح الحائك به الثوب على رب الثوب، وإدخال الحنطة المنزل على المكاري، بخلاف الصعود بها إلى الغرفة أو السطح، والإكاف على رب الدابة والحبال والجوالق على ما تعارفوه[٥].

***

(١) البناية في شرح الهداية: ٧/ ٩٤٧.
(٢) رد المحتار على الدر المختار: ٦/ ٣٥.
(٣) يستفاد من أوسط الإجارة الفاسدة من الدر ص: ٣٣ بهامش رد المحتار.
(٤) مجمع الأنهر: ٢/ ٣٨٦.
(٥) رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين: ٦/ ٥٦.

❁ (مادة ٥٩٩): إذا اشترط على الظئر إرضاعها بنفسها فأرضعته من غيرها فلا تستحق الأجرة، وإن لم يشترط ذلك عليها وأرضعته من غيرها بأجرة أو بغير أجرة فإنها تستحق الأجرة[١].

إن استأجر ظئرًا ترضع صبيًّا له في بيتها فدفعته إلى خادمها فأرضعته حتى انقضى الأجل ولم ترضعه بنفسها فلها أجرها؛ لأنها التزمت فعل الإرضاع فلا يتعين عليها مباشرته بنفسها فسواء أقامت بنفسها أو بخادمها فقد حصل مقصود أهل الصبي، وكذلك لو أرضعته حولًا ثم يبس لبنها فأرضعت خادمتها حولًا آخر فلها الأجر كاملًا، وكذلك لو كانت ترضعه هي وخادمتها فلها الأجر تامًّا ولا شيء لخادمتها؛ لأن المنافع لا تقوم إلا بالتسمية، ففيما زاد على المشروط لا تسمية في حقها ولا في حق خادمتها، ولو يبس لبنها فاستأجرت له ظئرًا كان عليه الأجر المشروط كاملًا استحسانًا[٢].

***

❁ (مادة ٦٠٠): يجوز لزوج المرضعة أن يفسخ الإجارة مطلقًا، وللمستأجر أن يفسخها أيضًا بسبب موجب لفسخها[٣].

« للزوج أن يفسخ الإجارة إذا لم يكن يعلم بها، سواء كان يشينه إجارتها بأن كان وجيهًا بين الناس، أو لم يشنه في الأصح، كما أن له يمنعها من الخروج، وأن يمنع الصبي الدخول عليها، ولأن الإرضاع والسهر بالليل يضعفها ويذهب جمالها فكان له المنع منه »[٤].

« وللمستأجر فسخ الإجارة بحَبَلِها ومرضها وفجورها فجورًا بينًا ونحو ذلك من الأعذار، لا بكفرها؛ لأنه لا يضر بالصبي؛ وذلك لأن لبن الحبلى والمريضة يضر بالصغير، وهي يضرها أيضًا الرضاع، فكان لها ولهم الخيار، ولها أيضًا الفسخ بأذية أهلها لها، وكذا إذا لم تجر لها عادة بإرضاع ولد غيرها »[٥].

وهذا ما تناولتها المادة (٥٨١) من مجلة الأحكام العدلية، والتي تنص على أنه: « كما أن للظئر فسخ الإجارة لو تمرضت، كذلك لأب الطفل فسخها إذا مرضت أو حملت أو لم يأخذ

(١) يستفاد من الدر أواسط الإجارة الفاسدة ص: ٣٤ بهامش رد المحتار.

(٢) المبسوط للسرخسي: ١٥/ ١٢٧، انظر في ذلك البناية في شرح الهداية: ٧/ ٩٤٩، ٩٥٠، مجمع الأنهر: ٢/ ٣٨٦، ٣٨٧، الفتاوى الهندية: ٤/ ٤٣٣، ٤٣٤.

(٣) يستفاد من أواسط الإجارة الفاسدة ص: ٣٣ بهامش رد المحتار.

(٤) تبيين الحقائق: ٥/ ١٢٨، الهندية: ٤/ ٤٣٢، ٤٣٣.

(٥) رد المحتار: ٦/ ٥٣، ٥٤، البناية في شرح الهداية: ٧/ ٩٥٥، حاشية الطحطاوي: ٤/ ٢٨، مجمع الأنهر: ٢/ ٣٨٧.

الصبي ثديها أو فاء لبنها »[١].

***

❁ (مادة ٦٠١): إذا انتهت مدة إجارة الظئر ولم يوجد من ترضعه غيرها، أو وجد لكن الطفل لم يلتقم ثدي غيرها فإنها تجبر على إرضاعه.

«إذا كان الصبي قد ألفها ولا يأخذ لبن غيرها وهي لا تُعْرَف بالظؤرة كان لها الفسخ أيضًا في ظاهر الرواية، وروي عن أبي يوسف - رحمه اللّه تعالى - أنه ليس لها الفسخ إذا كان يخاف على الصبي من ذلك، قال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني - رحمه اللّه تعالى -: والاعتماد على رواية أبي يوسف رحمه اللّه.

وتأويل محمد - رحمه اللّه تعالى - إذا كان الصبي يعالج بالغذاء من الفانيذ والسمن وغير ذلك مما يعالج به الصبيان، أو يأخذ لبن الغير بنوع حيلة، أما إذا كان لا يعالج بالغذاء، ولا يأخذ لبن غيرها فجواب محمد - رحمه اللّه تعالى - كجواب أبي يوسف - رحمه اللّه تعالى - وعليه الفتوى »[٢].

***

❁ (مادة ٦٠٢): إذا ماتت الظئر أو مات رضيعها انفسخت الإجارة، ولا تنفسخ بموت والد الرضيع[٣].

« لو مات الصبي المعقود على إرضاعه انفسخ العقد؛ لأنه تعذر استيفاؤه، فلا يمكن إقامة غير الصبي المعقود عليه مقامه؛ لاختلاف الصبية في الرضاعة، كما تفسخ بموت الظئر لفوات المنفعة بهلاك محلها، ولو مات أبو الصبي لا تنقض؛ لأن الإجارة واقعة للصبي لا للأب، سواء كان له مال أو لم يكن، ولهذا لو كان للصبي مال تجب الأجرة من ماله؛ إذ هي كالنفقة »[٤].

وكان الفقيه أبو بكر البلخي يقول: « إنما لا تبطل إجارة الظئر بموت الأب إذا كان للصبي مال، أما إذا لم يكن له مال تبطل بموت الأب، ومنهم من قال: لا بل في الحالين جميعًا لا تبطل الإجارة بموت الأب »[٥].

---

(١) شرح مجلة الأحكام العدلية المادة (٥٨٠).

(٢) البناية في شرح الهداية: ٧/ ٩٤٩، ٩٥٠، مجمع الأنهر: ٢/ ٣٨٦، ٣٨٧، الفتاوى الهندية: ٤/ ٤٣٢ - ٤٣٤.

(٣) يستفاد حكمها من أوسط الإجارة الفاسدة الدر ص: ٣٣ بهامش رد المحتار.

(٤) رد المحتار: ٦/ ٥٤، الموسوعة الفقهية: ١/ ٢٩٤.

(٥) الفتاوى الهندية: ٤/ ٤٣٥.

وتندرج هذه المادة تحت الحكم العام لما جاء في المادة (٦٨٩) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[١] والتي تنص على أنه:

١ - « لا ينفسخ عقد العمل بوفاة صاحب العمل ما لم تكن شخصيته قد روعيت في إبرام العقد، ولكن ينفسخ العقد بوفاة العامل.

٢ - ويراعى في إنهاء العقد لوفاة العامل أو لمرضه مرضًا طويلًا أو لعجزه عن أداء عمله، أو لسبب قاهر آخر من شأنه أن يمنع العامل من الاستمرار في العمل؛ للأحكام التي نصت عليها القوانين الخاصة »[٢].

***

---

(١) المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة (٦٨٩) ص: ٢٦٤.

(٢) تتفق هذه المادة مع القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة (٦٩٧) من القانون المدني المصري.

ومع القاعدة العامة الواردة في المادة (٧١) من قانون العمل المصري رقم (٧٩ لسنة ١٩٧٥م)، ونصها أنه « تنقضي علاقة العمل لأحد الأسباب الآتية:

- وفاة العامل حقيقة أو حكمًا، ويكون تقرير وفاة العامل حكمًا بموجب حكم قضائي نهائي.

- عجز العامل عجزًا كليًا عن أداء عمله الأصلي، أو عجزه عجزًا جزئيًا مستديمًا متى ثبت عدم وجود أي عمل آخر، على أن يثبت عدم وجود العمل الآخر طبقًا لأحكام قانون التأمين الاجتماعي ».

و المادة (٩٢٣) من التقنين العراقي.

و المادة (٨٣٠) من التقنين الأردني.

وانفساخ عقد العمل بوفاة العامل محل إجماع في الفقه الإسلامي لتعذر استيفاء المنفعة، وقد نصت المادة (٥٥١) من مجلة الأحكام الشرعية على أنه: « تنفسخ الإجارة بتلف المعقود عليه قبل التمكن من استيفاء النفع، مثلًا لو استأجر خادمًا لمدة معلومة فمات الخادم تنفسخ الإجارة ».

ولا ينفسخ عقد العمل بموت صاحب العمل، ما لم يكن شخصيته قد روعيت في إبرام العقد.

الفَصْلُ الثَّانِي

في الأجير المشترك

❀ (مادة ٦٠٣): يجوز استئجار الصانع أو المقاول لعمل بناء مع تعيين أجرته في كل يوم بدون بيان مقدار العمل، أو مع تعيين أجرة كل ذراع أو متر يعمله، أو بالمقاولة على العمل كله مع بيان مقدار العمل طولًا وعرضًا وعمقًا.

قد تحدد المنفعة بتحديد المدة وحدها، كما تحدد بتحديد العمل، كإجارة خياطة الثوب، وقد تتحدد بالعمل والمدة معًا عند الصاحبين، وهو مذهب المالكية إذا تساوى العمل والزمن، ورواية عند الحنابلة، وقالوا: وإن المعقود عليه أولًا هو العمل، وهو المقصود من العقد، وذكر المدة لمجرد التعجيل، وإن أوفى الشرط استحق الأجر المسمى وإلا استحق أجر المثل بشرط ألا يتجاوز الأجر المسمى، وذهب أبو حنيفة والشافعي، وهو رواية أخرى عند الحنابلة إلى فساد هذا العقد؛ لأنه يفضي إلى الجهالة والتعارض؛ لأن ذكر المدة يجعله أجيرًا خاصًّا، والعقد على العمل يجعله أجيرًا مشتركًا وهما متعارضان، ويؤدي ذلك للجهالة[1].

ويتفق نص هذه المادة مع ما جاء في المادة (٦٤٦) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، ونصها:

١ - « يجوز أن يقتصر المقاول على تقديم عمله، ويقدم صاحب العمل المادة التي يستخدمها أو يستعين بها المقاول في القيام بعمله.

٢ - كما يجوز أن يقدم المقاول العمل والمادة.

وتقابل هذه المادة مع تغيير لفظى المواد (٦٤٧) مدني مصري، و (٨٦٥) مدني عراقي، و(٧٨١) مدني أردني، و (٦٢٢) مدني كويتي، وتتخرج أحكام عقد المقاولة في هذه القوانين بالنظر إلى أحكام الاستصناع والأجير المشترك في الفقه الإسلامي، على أساس مماثلتها لما استجد من الحوادث، والشرط في عقد المقاولة هو بيان محل العمل ونوعه وقدره وطريقة أدائه ومدة إنجازه وتحديد ما يقابله من بدل؛ منعًا للجهالة المفضية إلى المنازعة.

***

(١) الموسوعة الفقهية: ١/ ٢٩٦، والمغني لابن قدامة: ٦/ ١٠٦.

❁ (مادة ٦٠٤): إنما تصح الإجارة أو المقاولة على عمل البناء إذا كانت الآلات والمهمات اللازمة للعمارة من صاحب العمل، أما إن كانت من المعماري بأن استأجره[1] ليعمر له كذا بآلات من عنده بأجرة كذا فإنه لا يجوز، وإذا عمر المعماري يكون له أجرة مثل عمله وما أنفق من ثمن الآلات[2].

« إذا استأجر خياطًا ليخيط ثوبًا كان السلك والإبرة على الخياط، وهذا في عرفهم، أما في عرفنا السلك على صاحب الثوب ولو كان الثوب حريرًا فالإِبْرَيْسَم الذي يخاط به الثوب يكون على صاحب الثوب »[3].

وتفيد هذه المادة أن اشتراط تقديم الأجير الأدوات اللازمة للعمل، والمواد الخام كالطوب والحديد والخشب والقماش وغير ذلك لن يصح إذا خرجنا ذلك على مقتضى عقد الإجارة، لكن هذه المعاملة إنما تتخرج بالنظر إلى أحكام عقد الاستصناع كما تقدم، وهذا هو الذي يصح معه اشتراط ذلك، وقواعد الفقه الإسلامي تعمل على تصحيح تصرفات الناس ما أمكن، وهذا هو مفهوم تحول العقد الإسلامي، فإنه إذا عَقَدَ عقد الكفالة مع اشتراط براءة الأصيل لم يصح العقد كفالة، وصح حوالة، وكذا لو اتفقا على حوالة الدين واشترطا عدم براءة الأصيل فإن المعاملة لا تصح حوالة وتصح كفالة.

وتتفق هذه المادة مع ما جاء في المادة (٦٤٧) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، ونصها:

« إذا قدم المقاول مادة العمل كلها أو بعضها كان مسؤولًا عن توافر الشروط والمواصفات المتفق عليها فيها، فإذا لم يتفق على شروط ومواصفات وجب أن تكون المادة وافية بالغرض المقصود ».

وتتفق كذلك مع المواد (٣٨٨) من المجلة العدلية، و (٢١٤) من مشروع تقنين الشريعة على مذهب أبي حنيفة، و (٦٤٨) مدني مصري، و (٨٦٦) مدني عراقي، (٧٨٣) مدني أردني، و (٦٣٣) مدني كويتي.

***

(١) في طبعة دار الفرجاني « استأجر » والمثبت من طبعة نظارة المعارف وهو الصحيح.

(٢) يستفاد حكمها من تنقيح الحامدية من أوسط الإجارة ص: ١٣٧.

(٣) الفتاوى الهندية: ٤/ ٤٥٥، ٤٥٦.

❁ (مادة ٦٠٥): إذا عمل المهندس رسمًا أو مقايسة أو باشر إدارة العمارة بأمر صاحبها وكان قد سمى له أجرة على ذلك فله الأجر المسمى.

يستحق المهندس أجره على العمل المحدد في العقد، فيجوز الاتفاق على قصر عمل المهندس المعماري على وضع التصميم دون التنفيذ، ويجوز الاتفاق على قيامه بوضع التصميم والإشراف على التنفيذ، وتنحصر مسؤوليته في كل ذلك على ما التزم به في العقد، وتتفق هذه المادة مع الفقرة الأولى من المادة (٦٥٩) من مشروع القانون المدني المصري طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، ونصها:

يستحق المهندس المعماري أجرًا مستقلًا على وضع التصميم وعمل المقايسة، وأجرًا آخر على إدارة الأعمال والإشراف على التنفيذ.

***

❁ (مادة ٦٠٦): إذا لم يعين صاحب العمل أجرة للمهندس على عمله يكون له أجر المثل مقدارًا على حسب العرف والزمن الذي استغرقه في عمله[1].

تفسد الإجارة بجهالة الأجر أو عدم تسميته، ويجب أجر المثل في الإجارة الفاسدة بتمام العمل، ويتقدر أجر المثل بالرجوع إلى عرف الناس الذي يرجع إلى عوامل كثيرة، منها الخبرة والجهد المبذول والزمن الذي يستغرقه العمل، ويتفق ذلك مع ما جاء في المادة (٦٥٩) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، ونصها:

« إذا لم يحدد الأجر سلفًا وجب الرجوع في تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المقاول ».

وتتفق هذه المادة مع المواد (٦٥٩) مدني مصري، و (٨٨٠) مدني عراقي، و (٦٧٨) مدني كويتي، ومع المادة (٥٦٤) من المجلة العدلية، ونصها:

« لو قال أحد لآخر: اعمل هذا العمل أكرمك، ولم يبين مقدار ما يكرمه به، فعمل العمل المأمور به استحق أجر المثل ».

وفي المادة (٢٩٧) من مشروع تقنين الشريعة على مذهب أبي حنيفة أن « العبرة فيما لا يسمى فيه الأجرة: العادة والعرف »، كما نصت المادة (٧٠٢) من مجلة الأحكام الشرعية على أن « من استعمل صانعًا في عمل أو استخدم من انتصب ليعمل الناس بأجر دون تسمية أجره لزمه أجر المثل مطلقًا ».

***

(١) يستفاد حكمها من قبيل أواخر إجارة تنقيح الحامدية ص: ١٥٢.

* **(مادة ٦٠٧): يفسخ استئجار الصانع بوجود عذر معتبر يمنعه عن العمل، ولا ينفسخ ما لم يفسخ، وإذا مات انفسخ بموته بلا حاجة إلى الفسخ**[١].

« الإجارة تنتقض بالأعذار عند الأحناف، سواء كان ذلك من قبل أحد العاقدين أو من قبل المعقود عليه، ونصوا على أنه إن كانت الإجارة لغرض ولم يبق ذلك الغرض، أو كان عذر مانع من الجري على موجب العقد شرعًا تنتقض الإجارة من غير نقض، كما لو استأجر إنسانًا لقطع يده عند وقوع الأكلة، أو لقلع السن عند الوجع فبرأت الأكلة وزال الوجع تنتقض الإجارة؛ لأنه لا يمكنه الجري على موجب العقد شرعًا، وإن استأجر دابة بعينها إلى بغداد لطلب غريم له، أو لطلب عبد آبق له ثم حضر الغريم وعاد العبد من الإباق تنتقض الإجارة؛ لأنها وقعت لغرض، وقد فات ذلك الغرض، وكذلك لو ظن أن في بناء داره خللًا فاستأجر رجلًا لهدم البناء ثم ظهر أنه ليس في البناء خلل، أو استأجر طباخًا لوليمة العرس فماتت العروس تنفسخ الإجارة »[٢]، والحاصل أن كل عذر لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه إلا بضرر يلحقه في نفسه أو ماله يثبت له حق الفسخ[٣].

وترجع هذه المادة القاضية بجواز فسخ الإجارة للأعذار إلى النظرية المعروفة بنظرية الظروف الطارئة التي تجيز للقاضي التدخل لإعادة التوازن بين مصالح المتعاقدين إذا اختل هذا التوازن نتيجة حدوث ظروف لم يكن بالوسع توقعها عند الاتفاق، وتبدو هذه النظرية استثناء من القاعدة العامة التي توجب الوفاء بنصوص العقد والالتزامات الناشئة عنه.

وقد أجاز فقهاء الأحناف فسخ الإجارة بالأعذار الراجعة إلى المستأجر أو المؤجر أو العين المأجورة، وذلك كإفلاس المستأجر أو انتقاله من حرفة إلى أخرى، وكما إذا لحق المؤجر دين فادح، ولا يمكنه الوفاء بما عليه من دين إلا ببيع المأجور، وكذا لو اتفق مع طبيب على قطع ضرسه فسكن الوجع، أو إذا اتفق على استئجار بيت فنشبت حرب منعته من الوصول إلى مكان البيت.

وتتفق هذه المادة مع ما جاء في المادة (١٥٠) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، ونصها:

« إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي – وإن لم يصبح مستحيلًا – صار مرهقًا للمدين، بحيث يهدده

---

(١) يستفاد حكمها من الدر ورد المحتار من فسخ الإجارة ص: ٥١، ٥٢.

(٢) الفتاوى الهندية: ٤/ ٤٥٨، رد المحتار: ٦/ ٨٣.

(٣) انظر رد المحتار على الدر المختار: ٦/ ٨١.

بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعًا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلًا كل اتفاق على خلاف ذلك ».

وتتفق هذه المادة مع المواد (١٤٧) مدني مصري، و (١٤٦) مدني عراقي، و (١٩٨) مدني كويتي، والفقرة الثانية من المادة (١٤٨) مدني سوري.

***

(مادة ٦٠٨): لا يجوز للصانع أو المقاول الذي التزم في العقد العمل بنفسه أن يستعمل غيره[١]، وإذا كان العقد مطلقًا جاز له أن يستأجر أو يقاول غيره على العمل كله أو بعضه، ويكون ضامنًا لما هلك في يد من استأجره أو قاوله[٢].

« ليس للأجير أن يستعمل غيره إذا شرط عليه أن يعمل بنفسه؛ لأن المعقود عليه العمل من محل معين فلا يقوم غيره مقامه، كما إذا كان المعقود عليه المنفعة بأن استأجر رجلًا شهرًا للخدمة لا يقوم غيره مقامه في الخدمة، ولا يستحق به الأجر؛ لأنه استيفاء للمنفعة بلا عقد لتعين المعقود عليه لذلك »[٣]، إلا إن خالفه إلى خير بأن استعمل من هو أصنع منه، أو سلم دابة أقوى من ذلك؛ و ينبغي أن يجوز عند البعض ويستحق العامل الأجر.

ومنعه البعض؛ لأن ما يختلف بالمستعمل فإن التقييد فيه مفيد، وفي « الخانية »: لو دفع الصانع إلى غلامه أو تلميذه لا يجب الأجر، وظاهر هذا مع التعليل المار أنه ليس المراد بعدم الاستعمال حرمة الدفع مع صحة الإجارة واستحقاق المسمى، أو مع فسادها واستحقاق أجر المثل، وأن ليس للثاني على رب المتاع شيء لعدم العقد بينهما أصلًا، وله على الدافع أجر المثل.

وإذا كان العقد مطلقًا كان للأجير أن يستأجر غيره، وقد نصت المادة (٥٧١) من المجلة على أن الأجير الذي استؤجر على أنه يعمل بنفسه ليس له أن يستعمل غيره، مثلًا: لو أعطى أحد جُبَّة لخياط على أن يخيطها بنفسه بكذا درهم، فليس للخياط أن يخيطها بغيره، وإن خاطها بغيره وتلفت فهو ضامن.

ونصت المادة (٥٧٢) على أنه « لو أطلق العقد حين الاستئجار، فللأجير أن يستعمل غيره »، ونصت المادة (٥٧٣) على أن « قول المستأجر للأجير: اعمل هذا الشغل إطلاق،

(١) هذه المادة تتفق مع المادة (٦٦٠) من قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٢) يستفاد من الدر من كتاب الإجارة ص : ١١، ومن الأنقروية من أواخر ضمان الأجير المشترك والخاص ص: ٣٢٩، شُرِطَ أن يقصِّر بنفسه ضَمِنَ إن دفعه إلى غيره وإلا فلا.. اهـ.

(٣) تبيين الحقائق : ٥/ ١١١، ١١٢، رد المحتار: ٦/ ١٨، ١٩.

مثلًا: لو قال أحد للخياط: خط هذه الجبة بكذا دراهم من دون تقييد بقوله: خطها بنفسك أو بالذات، وخاطها الخياط بخليفته أو خياط آخر يستحق الأجر المسمى، وإن تلفت الجبة بلا تعد لا يضمن ».

تتفق هذه المادة مع المادة (٦٦٠) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[١]، والتي تنص على أنه:

١ - يجوز للمقاول من الباطن في كل العمل أو في جزء منه، إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفايته الشخصية.

٢ - ولكن يبقى المقاول في هذه الحالة مسؤولًا عن المقاول من الباطن نحو صاحب العمل[٢].

***

(مادة ٦٠٩): لا يجوز للصانع الذي التزم عملًا بالمقاولة أن يطلب بعد العقد زيادة عن الأجر المسمى، كما لا يجوز لصاحب العمل أن يطلب تنقيص شيء منه.

الزيادة في الأجرة بعد استيفاء بعض المعقود عليه غير صحيحة[٣]، ولا حق للمقاول أو الصانع أن يطلب زيادة في الأجر عن العمل الذي اتفق عليه في العقد.

وهذا هو ما توجبه القواعد العامة في الفقه الإسلامي، لكن تقدم أنه إذا زادت التزامات أحد الطرفين عن الحد المعقول، وصارت مرهقة لأحد المتعاقدين نتيجة ظروف طارئة استثنائية فإن للقاضي أن يتدخل لإعادة التوازن بين التزامات المتعاقدين، وهذا هو ما تقرره المادة

---

(١) انظر المادة (٦٦٠) من المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص: ٢٤٨.

(٢) هذه المادة تتفق مع المادة (٦١١) من مشروع القانون المدني المصري التي تنص على أنه:

١ - « يجوز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى مقاول من الباطن، إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفايته الشخصية.

٢ - ولكنه يبقى في هذه الحالة مسؤولًا عن المقاول من الباطن قبل رب العمل ».

وتتفق هذه المادة مع المادة (٨٨٢) من التقنين العراقي.

والمادة (٧٩٨) من التقنين الأردني.

والمادة (٦٨١) من التقنين الكويتي.

وما تقضي به هذه المواد يتفق مع ما يقرره الفقه الإسلامي.

انظر في هذا المعنى أيضًا المادتين (٢٧١ و ٢٧٢) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة ومذكرتها الإيضاحيتين، وراجع ابن عابدين: ٥/ ١٥، مجمع الأنهر: ٢/ ٣٧٤.

(٣) البحر الرائق شرح كنز الدقائق: ٦/ ١٣٠.

(٦٥٧) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، ونصها:

١ - إذا أُبرم عقد المقاولة بأجر إجمالي على أساس تصميم اتفق عليه مع صاحب العمل فليس للمقاول أن يطلب زيادة في الأجر، ولو حدث بالتصميم تعديل أو إضافة، إلا أن يكون ذلك راجعًا إلى فعل صاحب العمل، أو يكون مأذونًا به منه واتفق مع المقاول على أجره.

٢ - ويجب أن يكون الاتفاق على التعديل في التصميم، وعلى مقدار الزيادة في الأجر ثابتًا بالكتابة، إلا إذا كان العقد الأصلي قد اتفق عليه مشافهة.

٣ - وليس للمقاول إذا ارتفعت أسعار المواد الأولية وأجور الأيدي العاملة أو غيرها من التكاليف أن يستند إلى ذلك ليطلب زيادة في الأجر.

٤ - على أنه إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات صاحب العمل والتزامات المقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، وتداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقرير المالي لعقد المقاولة، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجر أو يفسخ العقد.

وهـذه المادة تقابل المواد (٨٧٧، ٨٧٨) مـدني عـراقي، و (٦٥٨) مـدني مصـري، و (٦٩٠) مدني كويتي، و (٧٩٥) مدني أردني.

***

❁ (مادة ٦١٠): ليس للصانع أو المقاول الثاني أن يطالب صاحب العمل بشيء مما يستحقه الأجير أو المقاول الأول إلا إذا وكّله أو أحاله على صاحب العمل.

هذا الصانع الثاني أو المقاول الثاني هو ما يطلق عليه الآن: المقاول من الباطن، وقد تقدم أنه يجوز للمستأجر أن يستأجر أو يقاول غيره على العمل كله أو بعضه، ويكون الأول هو المسؤول أمام رب العمل، وهو ما تفيده المادة (٦٦٠) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ونصها:

١ - يجوز للمقاول أن يقاول من الباطن في كل العمل أو في جزء منه، إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد، أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفايته الشخصية.

٢ - ولكن يبقى المقاول في هذه الحالة مسؤولًا عن المقاولة من الباطن نحو صاحب العمل.

وهو ما تقضي به المواد (٨٨٢) مدني عراقي، و (٧٩٨) مدني أردني، و (٦٨١) مدني كويتي، وقد جاء في المادة (٧٩٩) مدني أردني: أنه لا يجوز للمقاول الثاني أن يطالب

صاحب العمل بشيء مما يستحقه المقاول الأول إلا إذا أحاله على رب العمل.

***

❁ (مادة ٦١١): ليس للصانع أو المقاول أن يطلب شيئًا من الأجرة المتفق عليها إلا بعد تمام العمل وتسليمه لصاحبه، ولو عجَّل له صاحب العمل الأجرة أو شيئًا منها جاز، إنما إذا كانت العمارة ونحوها جارية في المنزل الساكن به صاحب العمل جاز للصانع أو المقاول أن يطلب الأجر عن القدر الذي عمله، ويجبر على تمام الباقي، وهذا كله عند عدم الشرط[١].

« كان أبو حنيفة يقول: أولًا يجب شيء من الأجرة ما لم يستوفِ جميع المنفعة والعمل؛ لأنه المعقود عليه فلا يتوزع الأجر على الأجزاء كالثمن في المبيع، ثم رجع فقال: إن وقعت الإجارة على المدة، كما في إجارة الدار والأرض، أو قطع المسافة كما في الدابة وجب بحصة ما استوفى لو له أجرة معلومة بلا مشقة، ففي الدار لكل يوم، وفي المسافة لكل مرحلة.

والقياس أن يجب في كل ساعة بحسابه تحقيقًا للمساواة لكن فيه حرج، وإن وقعت على العمل كالخياطة والقصارة فلا يجب الأجر ما لم يفرغ منه فيستحق الكل؛ لأن العمل في البعض غير منتفع به، وكذا إذا عمل في بيت المستأجر ولم يفرغ لا يستحق شيئًا من الأجرة على ما ذكره صاحب الهداية والتجريد »[٢].

وهذا هو الحكم الذي يقتضيه عقد المقاولة؛ لأن المقاول يتعهد بإنجاز عمل معين في مقابل الأجر، فمن الطبيعي ألا يستحق الأجر إلا بعد إنجاز العمل ويقبل صاحب العمل ما فعله المقاول، أما إذا وجد الاتفاق على غير ذلك فإنه هو الذي يجري العمل به.

وتتفق هذه المادة مع ما ورد في المادة (٦٥٥)، (٦٦١) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، ونصها:

« يستحق دفع الأجرة عند تسلم العمل، إلا إذا قضى الاتفاق أو العرف بغير ذلك ».

***

❁ (مادة ٦١٢): إذا تلف العمل المقاوَل عليه قبل تسليمه لصاحب العمل فلا أجر للصانع، فإن كان العمل في ملك صاحب العمل وتلف فللصانع أجر ما عمله بحصته؛ لوجود التسليم حكمًا[٣].

---

(١) يستفاد حكم هذه المادة بتمامها من أوسط كتاب الإجارة ص: ٩ من حاشية رد المحتار.

(٢) رد المحتار: ٦/ ١٤.

(٣) يستفاد حكمها من الدر ورد المحتار من أوسط كتاب الإجارة ص: ٩، ١٠.

« الخياطة إذا كانت في بيت المستأجر وتلف الثوب وجب الأجر كلًّا أو بعضًا؛ لوجود التسليم، وإن كانت في دار الأجير فلا أجر كلًّا أو بعضًا إلا بالتسليم »[١].

وذكر ابن سماعة عن محمد في رجل دفع ثوبًا إلى خياط يخيطه بدرهم فمضى فخاطه، ثم جاء رجل ففتقه قبل أن يقبضه رب الثوب فلا أجر للخياط؛ لأن المنافع هلكت قبل التسليم فسقط بدلها »[٢].

واختلفوا على قوله في الاستئجار على العمل كالخياطة، فالأكثرون على أنه يجب أيضًا بالتسليم ولو حكمًا، وخالفهم صاحبا الهداية والتجريد فقالا: لا يجب؛ قال الزيلعي: وهو الأقرب إلى المروي عن أبي حنيفة من الفرق بينهما في القول المرجوع إليه، والتسليم يشمل الحقيقي والحكمي، وهو ما عبَّر عنه بقوله: « وإن عمل في بيت المستأجر فلو قال: ولو حكمًا لكان أخصر وأظهر ».

وتتفق هذه المادة مع ما ورد في المادة (٦٦٤) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[٣]، ونصها:

١ - « إذا هلك الشيء بقوة قاهرة قبل تسليمه لصاحب العمل، فليس للمقاول أن يطالب بأجر عمله ولا بما أنفقه فيه، ويكون هلاك المادة على من قام بتوريدها من الطرفين.

٢ - أما إذا كان المقاول قد أعذر أن يسلم الشيء، أو كان هلاك الشيء أو تلفه قبل التسليم راجعًا إلى خطأ منه، وجب عليه أن يعوض صاحب العمل عما يكون هذا قد ورَّده من مادة العمل.

٣ - فإذا كان صاحب العمل هو الذي أعذر أن يتسلم الشيء، أو كان هلاك الشيء أو تلفه راجعًا إلى خطأ منه أو إلى عيب في المادة التي قام بتوريدها، كان هلاك المادة عليه، وكان للمقاول الحق في الأجر وفي التعويض عند الاقتضاء ».

وتتفق هذه المادة مع المادة (٨٨٧) مدني عراقي، ومع المادتين (٦٦٩، ٦٧٠) مدني كويتي.

***

(١) حاشية الطحطاوي: ٤/ ٩، رد المحتار: ٦/ ١٤، ١٥.

(٢) بدائع الصنائع: ٦/ ٤٥.

(٣) انظر المادة (٦٦٤) من المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص: ٢٥٠.

❁ **(مادة ٦١٣): الأجير الخاص أمين، فإن هلك الشيء في يده بدون تعدِّيه أو تقصيره أو إهماله فلا ضمان عليه[1].**

حكم أجير الوحد أنه أمين في قولهم جميعًا، حتى إذا هلك من عمله لا ضمان عليه فيه، إلا إذا خالف فيه، والخلاف أن يأمره بعمل فيعمل غيره فيضمن ما تولد منه حينئذ.

وهذا ما أوردته المادة (٦١٠) من مجلة الأحكام العدلية التي تنص على أن: «الأجير الخاص أمين، فلا يضمن المال الهالك بيده بغير صُنعه، وكذلك لا يضمن المال الهالك بعمله بلا تعد»؛ وذلك لأن الأجير الخاص أمين بالاتفاق، أما الأجير المشترك فيعد أمينًا عند الإمام فقط، وبالاتفاق لا يضمن الأجير الخاص والأجير المشترك المال الهالك بيده بغير صنعه، يعني بدون سبق عمل منه وإن شرط الضمان، ولا تنقص أجرة الأجير الخاص بهلاك بعض المال؛ لأن الأجير الخاص يستحق الأجرة بكونه حاضرًا ومهيئًا للعمل.

مثلًا: إذا تلفت جميع الحيوانات في يد الأجير الذي استؤجر على أن يكون أجيرًا خاصًّا، وبقي بعد ذلك الأجير مهيئًا للعمل فله أخذ جميع أجرتها، وكذا لا يضمن حارس الخان الشيء الذي سرق في غرف الخان أو في ساحته، وكذلك حارس السوق، وما على الحارس شيء لو نقب في السوق حانوت على ما فيه، ولا يضمن الذي سرق منه.

والأجير المشترك أيضًا على الوجه المذكور عند الإمام الأعظم، أي أنه لا يضمن المال الهالك بيده بغير صُنعه، وإن تلف وهو في يده بغير عمله بأن دفعه بعض الناس لا يضمن عند أبي حنيفة أيضًا خلافًا لهما، وسواء أتلف المال بسبب يمكن التحرز منه أو بسبب لا يمكن التحرز منه.

ولا يضمن الأجير الخاص المال الهالك بصنعه بلا تعدٍّ أيضًا، أي بعمله الشيء الذي أذن به، ويأخذ كامل أجرته؛ لأن منافع الأجير الخاص ملك المستأجر، فمتى أمر المستأجر الأجير بالتصرف في المأجور صح ذلك، وكان الأجير قائمًا مقام المستأجر في التصرف المذكور، كأن المستأجر قبل ذلك الشيء بنفسه، ولذا فإنه إذا تلفت الحيوانات بينما كان الراعي يرعاها أو يوردها الماء لا يضمن.

وإذا أتلفت الحيوانات بعضها بعضًا بينما كان الراعي الأجير الخاص يسوقها لا يلزمه الضمان.

***

(١) يستفاد حكمها من الهندية من أوائل الثامن والعشرين في بيان حكم الأجير الخاص والمشترك ص: ٤٨٦، الفتاوى الهندية: ٤/ ٥٠٠.

❁ (مادة ٦١٤): الأجير المشترك ضامن للشيء إن هلك في يده بصُنعه، وإن هلك بلا صنعه فلا ضمان عليه إن كان هلاكه بأمر لا يمكن التحرز منه وإلا ضمن[1].

« حكم الأجير المشترك أن ما هلك في يده من غير صُنعه فلا ضمان عليه في قول أبي حنيفة - رحمه اللَّه تعالى - وهو قول زفر والحسن، وهو القياس؛ سواء هلك بأمر يمكن التحرز عنه كالسرقة والغصب، أو بأمر لا يمكن التحرز عنه كالحرق الغالب والغارة الغالبة، وقال أبو يوسف ومحمد: إن هلك بأمر يمكن التحرز عنه فهو ضامن، وإن هلك بأمر لا يمكن التحرز عنه فلا ضمان ».

وهذا ما تناولته المادة (٦١١) من مجلة الأحكام العدلية، والتي تنص على أن « الأجير المشترك يضمن الضرر والخسائر التي تولدت عن فعله وصُنعه إن كان بتعديه وتقصيره أو لم يكن »، وبهذا يضمن الأجير المشترك الخسائر المتولدة من فعله، وإن لم يكن تجاوز المعتاد، يعني أن الأجير المشترك ضامن للخسارة التي تتولد عن فعله سواء أكان متعديًا أو لم يكن، وسواء تجاوز المعتاد أو لم يتجاوز؛ لأن ما يدخل تحت عقد الإجارة هو العمل السليم، وأما العمل الفاسد فلا يدخل تحت الإجارة.

وبناءً عليه يكون الأجير المشترك بهذه الصورة فعل شيئًا غير داخل تحت الإجارة، وليس مأذونًا بعمله عملًا مفسدًا بحكم الإجارة، والمستأجر - والحالة هذه - مخير: إن شاء ضَمَّنَه قيمتَه بحاله وهو غير معمول وإعطاء أجرته؛ لأن الأجير لم يفِ منفعة بل أورث ضررًا، وإن شاء ضَمَّنَه قيمته معمولًا وأعطاه أجر مثله.

ويتفرع على هذا أنه: إذا مزق القصار الثياب وهو يغسلها، أو زلقت رِجْل الحمال وتلف الحمل يكون ضامنًا ما أتلف، كما يكون ضامنًا إذا غرق الزورق في أثناء تجديفه بالمجداف، وهلك ما فيه من الأشخاص والأموال، وكذلك إذا زلق الحيوان وهو يسوقه، أو انقطع الحبل والمكاري يشده فوقع الحمل وتلف يكون ضامنًا ولو كان صاحب المال معه؛ لأن التلف حصل من ترك الاحتياط والتوثق في الربط، وأما إن كان الحبلُ مالَ صاحبِ الحملِ أو لم يكن انقطاع الحبل من سوق المكاري بل هبت الريح والحيوان واقف فجفل الحيوان فانقطع الحبل وتلف الحمل لا يلزم الضمان.

ومثله إذا تلف الحمل بأن زلق الحمال أو بأن زحمه الناس فوقع يضمن؛ لأن التلف الحاصل من زلقه حصل من تركه التثبت في المشي، وصاحب المال مخير إن شاء ضمنه قيمته محمولًا

---

(١) هذا على قول الصاحبين المفتى به كما يستفاد من الهندية من المحل الذي قبله: ٤/ ٤٨٧ - ٥٠٠.

وأعطاه أجرته، وإن شاء ضَمَّنه قيمته غير محمول ولم يعطه أجرته، وأما إذا حصل ازدحام على الحمال وتلف الحمل بعد ذلك لم يلزمه الضمان، ويشبهه أنه إذا ساق الراعي الذي هو أجير مشترك الحيوانات بسرعة فسقطت في الماء أثناء تسابقها، أو هلكت يضمن، كذا لو ضرب الحيوان في أثناء سوقه وهلك يضمن، ومن ذلك أنه إذا سلم عنبًا إلى الحمال على أن ينقله إلى المحل الفلاني فتأخر الحمال وفسد العنب، أو حرق الطاهي الطعام بطبخه لزم الضمان، وكذا إذا احترق الخبز قبل أن يخرجه خباز المستأجر أي الذي في بيته التنور لزم الضمان.

ومنه أيضًا لو سلم شخص أمتعته للملاح كي يوصلها إلى محل معين، فوضعها في السفينة وغرقت السفينة، وهو ذاهب من مد تجديفه يضمن الملاح الأمتعة، سواء تجاوز المعتاد في التجديف أو لم يتجاوز، ولكن إذا غرقت من الريح أو من الموج أو من وقوع شيء آخر عليها لا يضمن.

أما إذا لم تتولد الخسارة والضرر المذكور من فعل الأجير وصنعه فإنه لا يضمن عند الإمام، سواء كان التلف ناشئًا عن سبب ممكن التحرز منه أو عن سبب غير ممكن التحرز منه، كالحريق العظيم، أو هجوم شرذمة من اللصوص، وغرق الزورق من الريح والموج، ولو شَرَطَ الضمان؛ لأن قبض المستأجر فيه إنما كان بإذن المؤجر فتكون العين أمانة بيده، ويكون شرط الضمان شرطًا لا نفع فيه لأحد العاقدين، وليس من مقتضى عقد الإجارة، ولذا لو انشق النَّحْيُ بينما كان المكاري ينقل ما فيه وكان للمستأجر وتلف ما فيه من السوائل لا يلزمه الضمان؛ لأن التقصير يكون وقع من طرف المستأجر لوضعه السوائل بنحي غير متين، وأما عند الإمامين فيلزم ضمان المستأجر فيه إذا هلك بسبب يمكن التحرز منه.

ومن هذا فإن عمل أجير الأجير المشترك مضاف إليه، بناء عليه إذا أُعطي ثوبٌ لخياط فهلك والأجير يخيطه كان ذلك الخياط ضامنًا، كما لو هلك الثوب المعطى للقصار وتلميذ القصار نفسه يلزم الضمان على القصار، والأجير بريء منه؛ لأن التلميذ أجير ذلك الأجير وحده[1].

وهذا ما يتفق مع ما ورد في المادة (٣٢٠، ٣٢١) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان فقد نصت المادة (٣٢٠) على أنه « لا يضمن الأجير الخاص المتاع إلا بالاعتداء »، ونصت المادة (٣٢١) على أنه «يضمن الأجير المشترك ما تلف بعمله غير المأذون فيه ».

***

(١) انظر مجلة الأحكام العدلية المادة (٦١١).

(مادة ٦١٥): من كان من أرباب الصنائع لعمله أثر في العين كالخياط ونحوه، جاز له حبسها وعدم تسليمها حتى يستوفي أجرته إن كانت الأجرة حالَّة، فإن تلفت عنده فلا ضمان عليه ولا أجر له، وإن كانت مؤجلة فليس له حبسها، فإن حبسها فتلفت فعليه قيمتها[١].

من لعمله أثر في العين يحبس العين بالأجرة إلا إذا كانت مؤجلة، وكل من صارت العين بعمله شيئًا آخر بحيث لو فعله الغاصب زال ملك المغصوب منه فله حبس العين، وهذا كله إذا عمل في دكانه، ولو في بيت المستأجر لا يملك الحبس، ثم الذى له حق الحبس إذا حبس وهلك الشيء في يده فإنه لا يضمن، ولا يكون له الأجر أيضًا وهذا عند أبي حنيفة.

ولو هلكت العين في يد الأجير من غير صُنعه ومن غير أن يحبسها بالأجر، فإن كان لعمله أثر في العين كما في الخياط والصباغ سقط الأجر؛ لأن ذلك الأثر هو المعقود عليه وهو صيرورة الثوب مخيطًا مقصودٌ، وإنما العمل يصل ذلك الأثر عادة، والبدل يقابل ذلك الأثر فكان كالبيع، فكان له أن يحبسه لاستيفاء الأجرة كالبيع قبل القبض أنه يحبس لاستيفاء الثمن إذا لم يكن الثمن مؤجلًا، ولو هلك قبل التسليم تسقط الأجرة؛ لأنه بيع هلك قبل القبض فيجب الضمان، وإن لم يكن لعمله أثر في العين كالحمَّال والمكاري لا يسقط الأجر »[٢].

وقد نصت الفقرة الأولى، المادة (٧٨٧) من المدني الأردني على أنه « إذا كان لعمل المقاول أثر في العين جاز له حبسها حتى يستوفي الأجرة المستحقة، وإذا تلفت في يده قبل سداد أجره فلا ضمان ».

***

(مادة ٦١٦): من ليس لعمله أثر من أرباب الحرف والصنائع كالحمال ونحوه فليس له حبس العين للأجرة، فإن حبسها وتلفت ضمن قيمتها وصاحبها بالخيار إن شاء ضمنه قيمتها محمولة وعليه له الأجر، وإن شاء ضمنها غير محمولة ولا أجر عليه[٣].

« من لا أثر لعمله كالحمال على ظهر أو دابة والملاح وغاسل الثوب لتطهيره لا لتحسينه لا يحبس العين للأجر، فإن حبس ضمن ضمان الغصب »[٤]، وصاحبها بالخيار إن شاء ضَمَّن قيمتها أي بدلها محمولة وله الأجر، وإن شاء ضَمَّنها غير محمولة ولا أجر له.

---

(١) يستفاد حكمها من الهندية من الباب الثاني ص: ٣٩٧.
(٢) الفتاوى الهندية: ٤/ ٤١٤، ٤١٥، وبدائع الصنائع: ٦/ ٤٢.
(٣) يستفاد من الدر في أواخر كتاب الإجارة ص: ١١.
(٤) رد المحتار: ٦/ ١٨.

« فإذا حبس العين من ليس له حق الحبس فهلكت ضمنها ضمان الغصب، والمؤجر مخير إن شاء ضَمَّنه قيمتها معمولة وأعطاه الأجرة، وإن شاء ضَمَّنه قيمتها غير معمولة ولا يعطيه الأجرة »[١].

ويتفق ذلك مع ما جاء في الفقرة الثانية، المادة (٧٨٧) من المدني الأردني، ونصها: « فإذا لم يكن لعمله أثر في العين فليس له أن يحبسها لاستيفاء الأجرة، فإن فعل وتلفت كان عليه ضمان الغصب ».

* * *

(مادة ٦١٧): إذا أتلف الحمَّال في أثناء الطريق ما كان يحمله فلا يستوجب ضمانه، فإن سقط منه بجناية يده فللمستأجر أن يضمنه قيمته في المكان الذي حمله منه، ولا أجر عليه له، وإن شاء ضمنه في المكان الذي تلفت فيه العين ودفع له الأجرة بقدر المسافة[٢]، فإن انتهى إلى المحل المقصود ووقع الحمل منه وتلف فله الأجر ولا ضمان عليه.

هذه المسألة تفريع على ما سبق من تضمين الأجر المشترك ما تلف من المال بعمله الذى يمكنه التحرز عنه، أو بتعدِّيه؛ طبقًا للخلاف السابق ذكره بين أبي حنيفة وصاحبيه اللذين توسعا في تضمين الأجير المشترك لحثه على بذل جهد الرجل الحريص في عمله، وهو ما تدعو إليه الحاجة الاجتماعية في المجتمعات المتطورة، وهو ما نلمسه كذلك في اتجاه القوانين العربية المعاصرة إلى تشديد الضمان على المهندس المعماري والمقاول وجعلهما مسؤولين عما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيدوه من مبان، أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى، وذلك لو كان التهدم ناشئًا عن عيوب في التصميم أو التنفيذ.

راجع المواد (٦٥١) مدني مصري، (٨٧٠) مدني عراقي، (٧٨٨) مدني أردني، (٦٩٢) مدني كويتي.

وهذا يتفق مع ما ورد في المادة (٣٢٢) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب أبي حنيفة، والتي تنص على أنه: « إذا حمل الأجير المشترك متاعًا فانكسر في الطريق فللمالك أن يضمن قيمته في مكان حمله ولا أجر له، أو في مكان كسره وله الأجر بحسابه ».

* * *

(١) الفتاوى الهندية: ٤/ ٤١٥.

(٢) يستفاد من أوائل ضمان الأجير في الدر وحاشية الطحطاوي ص: ٣٧، ومثله في جامع الفصولين من أواخر الفصل الثالث والثلاثين في الضمانات من ضمان الحمال ص: ١٧٦، وجعل نفي الضمان في قوله: فإن انتهى إلى المحل.. إلخ قول محمد الآخر، وفي قول أبي حنيفة الأول وقول أبي يوسف عليه الضمان أيضًا.

(مادة ٦١٨): يلزم الحمَّال إدخال الحمل إلى الدارَ ولا يلزمه الصعود به لوضعه في المحل المعد له في الدار[١].

تحديد ما يشتمل عليه العقد و ما يتبعه راجع إلى العرف والعادة، فاستئجار الظئر يدخل فيه تنظيف الرضيع و إلباسه، وإدخال الحمل في المنزل يكون على الحمال، ولا يكون عليه أن يصعد به على السطح أو الغرفة إلا أن يشترط ذلك عليه، أو كذا صب الطعام في الحقق لا يكون عليه إلا بالشرط »[٢].

وهذا ما تناولته المادة (٥٧٥) من مجلة الأحكام العدلية، والتي تنص على أنه: « يلزم الحمال إدخال الحمل إلى الدار، ولكن لا يلزم عليه وضعه في محلة، مثلًا: ليس على الحمال إخراج الحمل إلى فوق الدار، ولا وضع الذخيرة في الأنبار ».

أما الحمال الذين يحملون الأحمال على الدواب فيلزمهم أن يحطوا عنها الأحمال، ويتبع العرف والعادة في إدخالها الدار، ولا يلزم أن يصعدوا بها إلى الطابق العلوي أيضًا ما لم يكن ثمة شرط[٣].

***

(مادة ٦١٩): إذا باع الدلال مالًا لآخر بنفسه تجب أجرة الدلال على البائع لا على المشتري، ولو سعى الدلال بينهما وباع الملك بنفسه يعتبر العرف، إن كانت الدلالة على البائع فعليه وإن كانت على المشتري فعليه وإن كانت عليهما فعليهما[٤].

وفي الدلال والسمسار يجب أجر المثل، وكما تواضعوا على أن في كل عشرة دنانير كذا فذاك حرام عليهم، وفي الحاوي: سئل محمد بن سلمة عن أجرة السمسار، فقال: أرجو أنه لا بأس به، وإن كان في الأصل فاسدًا لكثرة التعامل، فجوزوه لحاجة الناس إليه كدخول الحمام[٥].

ويتبع العرف كذلك في تحديد المسؤول عن دفع هذه الأجرة، سواء كانت بالاشتراك بين البائع و المشتري، أو وقعت على أحدهما.

وهذا يتفق مع ما ورد في المادة (٣٢) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب أبي حنيفة،

---

(١) يستفاد من أواخر كتاب الإجارة من الدر ٦/ ١٧: « وإدخال الحمل المنزل على الحمال لا صبه في الجوالق أو صعوده للغرفة إلا بشرط ».

(٢) الفتاوى الهندية: ٤/ ٤٥٦.

(٣) المادة (٥٧٥) من مجلة الأحكام العدلية وشرحها لعلي حيدر ص: ٥٦٤.

(٤) يستفاد حكمها من الدر ورد المحتار من أواخر فصل فيما يدخل في البيع تبعًا ص: ٤٢.

(٥) انظر رد المحتار على الدر المختار: ٦/ ٦٤.

والتي تنص على أنه: « أجرة الدلال إن باع العين بنفسه وبإذن صاحبها على البائع، ويعتبر العرف إن سعى بين البائع والمشتري وباع المالك بنفسه ».

***

(مادة ٦٢٠): إذا باع الدلال متاعًا لأحد بثمن أزيد من الثمن الذي أمره به فالزيادة لصاحب المتاع، وليس للدلال سوى الأجرة[١].

وإذا استحق المبيع الذي باعه الدلال أو رد بعيب فله الأجرة، وإن كان قد أخذها فلا تسترد منه[٢].

أجرة الدلال التي يستحقها في مقابل عمله، والثمن لصاحب المتاع؛ لأنه ملكه، ويستحق ما زاد عما حدده، لذا لو أعطى أحد ماله لدلال، وقال: بعه بكذا درهم، فإن باعه الدلال بأزيد من ذلك فالفضل أيضًا لصاحب المال، وليس للدلال سوى الأجرة؛ لأن هذا الفضل بدل مال ذلك الشخص، فكما أن ذلك المبدل كان ماله فالبدل يلزم أن يكون كذلك، وليس للدلال سوى أجرة الدلالة، وإذا لم تسلم له أجرة فله أجر المثل بالغًا ما بلغ، وإذا أعطى أحد مالًا للدلال قائلًا: إذا بعت المال بزيادة عن كذا فلك الزيادة فالإجارة فاسدة، لجهالة الأجرة التي يلزم أن تكون معلومة.

أما لو أعطى أحد ماله للدلال قائلًا: إذا بعته بأكثر من عشرة قروش فالزيادة بيننا مشتركة، فإذا لم يبع المال أو باعه بعشرة قروش فقط، فليس للدلال أجرة، ولو نال تعبًا في سبيل ذلك؛ لأن الأمر يتضمن نفي الأجرة إذا لم يبع المال بأكثر من عشرة قروش، وإن باع المال بأكثر من عشرة فله أجر المثل على ألا يتجاوز نصف تلك الزيادة، ولا تسترد أجرة الدلال بعد أخذه إياها.

لو ظهر مستحق للمبيع بعد أن باعه الدلال وضبطه المستحق بحكم الحاكم أو بغير حكم، أو رد بعيب أو إقالة أو فسخ أو بسبب آخر من الأسباب؛ لأن الدلالة أجرة عمل الدلال، ومتى تم العمل وأخذت الأجرة فلا تسترد، حتى لو لم تكن قد أعطيت الأجرة للدلال لزم إعطاؤها له[٣].

***

(١) جاء في الفتاوى الهندية: ٤/ ٤٥١ « دفع ثوبًا إليه وقال: بعه بعشر فما زاد فهو بيني وبينك، قال أبو يوسف – رحمه اللّـه تعالى –: إن باعه بعشرة أو لم يبعه فلا أجر له، وإن تعب له في ذلك، ولو باعه باثني عشر أو أكثر فله أجر مثل عمله وعليه الفتوى ».

(٢) يستفاد من الأنقروية من أوسط كتاب الإجارة ص: ٣٠٥، وانظر مجلة الأحكام العدلية المادة (٥٧٩).

(٣) انظر مجلة الأحكام العدلية المادتين (٥٧٨، ٥٧٩).

الباب الرابع
في إدارة الدور والحوانيت

* **(مادة ٦٢١): تجوز إجارة الدور والحوانيت بدون بيان ما يعمل فيها ومن يسكنها، وينصرف استعمالها لعرف البلدة**[1].

يجوز استحسانًا استئجار دار أو حانوت بدون بيان أنها لسكنى أحد، وحتى بدون بيان ما يراد عمله فيها، ويكون المستأجر قادرًا على استعمالها، والقياس أن لا يجوز حتى يتبين ما يعمل فيها؛ لأن الدار تصلح للسكنى ولغيرها كوضع الأمتعة، وكذا الحوانيت تصلح لأشياء مختلفة، فينبغي أن لا يجوز ما لم يبين ما يعمل فيها كاستئجار الأرض للزراعة والثياب للبس.

ووجه الاستحسان أن العمل المتعارف فيها السكنى، ولذا تسمى مسكنًا فينصرف إليها؛ لأن المتعارف كالمشروط، ولأنها لا تختلف باختلاف العامل والعمل فجازت إجارتها مطلقًا، بخلاف الأرض والثياب فإنهما يختلفان باختلاف المزروع واللابس فلا بد من البيان.

مثلًا: لو قال أحد لآخر: استأجرت دارك الفلانية أو حانوتك الفلاني للسكنى بكذا قرشًا صحت الإجارة المعقودة، ولا حاجة في ذلك إلى قول: استأجرت الدار أو الحانوت للسكنى، أو لإسكان فلان، وعلى ذلك فالدار التي تستأجر على هذه الكيفية، كما أن للمستأجر أن يسكنها فله أيضًا أن يسكنها آخر بإيجار أو بأي طريق آخر، وله أيضًا أن يسكنها ويسكن غيره معه ويضع أمتعته فيها[2].

ولا يعلم خلاف بين الفقهاء في أن إجارة الدور مما لا تختلف في الاستعمال عادة، فيصح استئجار الدور أو الحانوت مع عدم بيان ما يستأجرها له؛ لأن الدور إنما تكون للسكنى عادة والحانوت للتجارة أو الصناعة، ويرجع إلى العرف أيضًا في كيفية الاستعمال، والتفاوت في السكنى يسير فلم يحتج إلى ضبطه[3].

---

(١) صرح به في الدر أول باب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافًا فيها ص : ١٧.

جاء في رد المحتار ٦/ ٢٧، ٢٨: « تصح إجارة حانوت أي دكان، ودار بلا بيان ما يعمل فيها لصرفه للمتعارف، وبلا بيان من يسكنها ».

انظر في ذلك تبيين الحقائق : ٥/ ١١٣، البناية في شرح الهداية : ٧/ ٩٠١، حاشية الطحطاوي : ٤/ ١٥.

(٢) انظر مجلة الأحكام العدلية المادة (٥٢٢).

(٣) المغني لابن قدامة : ٦/ ٢٥.

وتتفق هذه المادة مع ما جاء في القوانين العربية المعاصرة؛ فالمادة (٥٧٩) مدني مصري تنص على أنه: « يلتزم المستأجر بأن يستعمل العين المؤجرة على النحو المتفق عليه، فإن لم يكن هناك اتفاق التزم أن يستعمل العين بحسب ما أعدت له »، وهو ما جاء كذلك في المادة (٦٩٣) مدني أردني، ونصها:

١ - « لا يجوز للمستأجر أن يتجاوز في استعمال المأجور حدود المنفعة المتفق عليها في العقد، فإن لم يكن هناك اتفاق وجب الانتفاع به طبقًا لما أعدت له، وعلى نحو ما جرى به العرف.

٢ - فإذا جاوز في الانتفاع حدود الاتفاق، أو خالف ما جرى عليه العرف وجب عليه ضمان ما ينجم عن فعله من ضرر ».

وهو ما جاء كذلك في المادة (٧٦٢) مدني عراقي و (٥٨٩) مدني كويتي.

وقد نصت المادة (٤٢٦) من المجلة العدلية على أن: « من استحق منفعة معينة بعقد الإجارة له أن يستوفي عينها أو مثلها أو دونها، وليس له أن يستوفي ما فوقها، مثلًا: لو استأجر الحداد حانوتًا على أن يعمل فيه، له أن يعمل فيه صنعة مساوية في المضرة بصنعة الحداد، ولكن ليس لمن استأجر حانوتًا للعطارة أن يعمل فيه صنعة الحداد ».

وهو ما جاء كذلك في المواد (٥٨٧، ٦٢٣، ٧٢١، ٧٢٢) من مجلة الأحكام الشرعية.

***

❁ (مادة ٦٢٢): يجوز استئجار الدار أو الحانوت وهي مشغولة بمتاع المؤجر، ويجبر على تفريغها وتسليمها فارغة للمستأجر[1].

تصح إجارة الدار المشغولة، ويؤمر المؤجر بالتفريغ، ويسلمها للمستأجر في ابتداء المدة[2].

إيجار المشغول صحيح إذا لم يكن في تخليته ضرر كبيع المشغول، فلو أجَّر أحد داره أو حانوته أو ما أشبه ذلك من العقارات وكان فيها أمتعة الآجر أو أمتعة غيره صح الإيجار، ويجبر الآجر على تخليته من أمتعته أو من أمتعة غيره وتسليمها خاليًا إلى المستأجر؛ لأنه التزم بتسليم العين المؤجرة بدخوله في عقد الإجارة.

ويعتبر الإيجار من وقت التسليم، وليس للمؤجر أخذ شيء للمدة التي مضت قبل التسليم،

---

(١) يستفاد من الدر أوائل باب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافًا فيها ص : ١٦.

(٢) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام المادة (٥٢٣)، رد المحتار : ٦/ ٣٠.

وليس للمستأجر الامتناع عن قبول المأجور في المدة الباقية، ولكن في الأرض المؤجرة للزراعة إذا أمسك المؤجر المأجور في يده ومضى من مدة الإجارة شيء وأريد تسليمه إليه في المدة الباقية فللمستأجر أن يقبله، فإن مضى من مدة الإجارة شيء قبل أن يختصما، ثم قلع الزرع فالمستأجر بالخيار إن شاء قبضها ورفع عنه أجرة ما لم يقبض وإن شاء ترك، بخلاف ما لو استأجر دارًا ليسكنها ومنعه المؤجر عن السكنى في بعض المدة يلزم العقد في الباقي ولا خيار له[١].

ولا يختلف ذلك عما اتجهت إليه القوانين العربية المعاصرة؛ فالمادة (٥٦٤) مدني مصري تنص على أنه: « يلتزم المؤجر أن يسلم العين المؤجرة وملحقاتها في حالة تصلح معها لأن تفي بما أعدت له من المنفعة، وفقًا لما تم عليه الاتفاق أو لطبيعة العين ».

وهو ما جاء في المادة (٦٧٧) مدني أردني، ونصها:

١ - « على المؤجر تسليم المأجور وتوابعه في حالة يصلح معها لاستيفاء المنفعة المقصودة كاملة.

٢ - ويتم التسليم بتمكين المستأجر من قبض المأجور دون مانع يعوق الانتفاع به، مع بقائه في يده بقاءً متصلًا حتى تنقضي مدة الإيجار »، وكذا المادة (٧٤٢) مدني عراقي.

***

❁ (مادة ٦٢٣): من استأجر[٢] دارًا أو حانوتًا فله أن يسكنها وأن يسكن معه غيره وأن يعمل فيها كل عمل لا يورث الوهن والضرر[٣]، ولا يجوز له أن يعمل ما يورث الضرر إلا بإذن المالك.

يجوز لمن استأجر حانوتًا أو دارًا أن يعمل فيه ما شاء عند الإطلاق، وله أن يسكن غيره معه أو منفردًا؛ لأن كثرة السكان لا تضر بها بل تزيد في عمارتها؛ لأن خراب المسكن بترك السكن، وله أن يضع فيها ما بدا له من أثاث وفرش؛ لأنه من تمام السكنى، وله أن يعمل فيها ما بدا له من العمل كالوضوء والاغتسال وغسل الثياب وكسر الحطب؛ لأن ذلك من توابع السكنى وبه تتم السكنى ... »[٤]، لكنه لا يسكن حدادًا أو قصارًا أو طحانًا من غير رضا

---

(١) انظر شرح مجلة الأحكام المادة (٥٢٣) : ١/ ٦٠١.

(٢) في طبعة دار الفرجاني « استّاجر » والمثبت من طبعة نظارة المعارف وهو الصحيح.

(٣) يستفاد من الدر وحاشية رد المحتار أول الباب المذكور قبله ص : ١٧.

(٤) تبيين الحقائق : ٥/ ١١٣، البناية في شرح الهداية : ٧/ ٩٠٢، حاشية الطحطاوي : ٤/ ١٤، ١٥.

المالك واشتراطه ذلك في عقد الإجارة؛ لأنه يوهن البناء فيتوقف على الرضا »[١].

ولو انهدم البناء بهذه الأشياء وجب عليه الضمان؛ لأنه متعدٍّ فيها، وإن لم ينهدم وجب عليه الأجر، ولو اختلفا في اشتراط ذلك كان القول للمؤجر؛ لأنه لو أنكر الإجارة كان القول له فكذا إذا أنكر نوعًا من الانتفاع، ولو أقاما البينة كانت بينة المستأجر أولًا؛ لأنها تثبت الزيادة[٢]، والحاصل أن للمستأجر أن ينتفع بالمأجور في حدود الاتفاق أو العرف عند عدم الاتفاق، مع توقي الضرر الذي يمكن التحرز عنه وإلا ضمن.

وهذا هو ما توجبه القوانين العربية المعاصرة؛ فالمادة (٥٨٣) من القانون المدني المصري تنص على أنه:

١ - « يجب على المستأجر أن يبذل من العناية في استعمال العين المؤجرة وفي الحفاظ عليها ما يبذله الشخص المعتاد.

٢ - وهو مسؤول عمَّا يصيب العين أثناء انتفاعه بها من تلف أو هلاك، غير ناشئ عن استعمالها استعمالًا مألوفًا ».

وهو كذلك ما نصت عليه المواد (٧٦٤) مدني عراقي، (٦٩٢) مدني أردني، (٥٩٢) مدني كويتي.

وهذا يتفق مع ما ورد في المادة (٢٨١) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، والتي تنص على أنه: « ليس للمستأجر أن يعمل ما يوهن البناء أو يضره، وما ليس كذلك يجوز له بمقتضى العقد ».

وهو ما جاء كذلك في المادة (٦٠١) من المجلة العدلية، ونصها: « لا يلزم الضمان لو تلف المأجور في يد المستأجر، ما لم يكن بتقصيره أو تعديه أو مخالفته لمأذونيته »، ونصت المادة (٦٠٢) من المجلة العدلية على أنه: « يلزم الضمان على المستأجر لو تلف المأجور أو طرأ على قيمته نقص بتعديه »، وفي المادة (٦٠٤) من المجلة أنه: « لو تلف المأجور بتقصير المستأجر في أمر المحافظة أو طرأ على قيمته نقصان يلزم الضمان ».

***

❁ (مادة ٦٢٤): يجوز لمستأجر دار أو أرض أن يعيرها ويودعها ويؤجرها بمثل الأجرة التي استأجرها بها أو بأقل أو بأكثر منها، لو كانت الأجرة الثانية من غير جنس الأولى، فلو كانت

---

(١) تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة، المادة (٢٨١).

(٢) انظر مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر : ٢/ ٣٧٦.

من جنسها لا تطيب له الزيادة[١].

للمستأجر بحكم ملكيته للمنفعة أن يتصرف فيها بإجارتها بمثل ما استأجرها به أو بأقل أو أكثر؛ ولهذا فإنه إذا استأجر دارًا وقبضها ثم آجرها فإنه يجوز إن آجرها بمثل ما استأجرها أو أقل، وإن آجرها بأكثر مما استأجرها فهي جائزة أيضًا، إلا أنه إن كانت الأجرة الثانية من جنس الأجرة الأولى فإن الزيادة لا تطيب له ويتصدق بها، وإن كانت من خلاف جنسها طابت له الزيادة، ولو زاد في الدار زيادة كما لو وَتَّدَ فيها وتدًا، أو حفر فيها بئرًا أو طينًا أو أصلح أبوابها، أو شيئًا من حوائطها طابت له الزيادة، وأما الكنس فإنه لا يكون زيادة وله أن يؤجرها من شاء إلا الحداد والقصار والطحان وما أشبه ذلك مما يضر بالبناء ويوهنه[٢].

وقياس ملكية المستأجر للمنفعة وحقه في التصرف فيها بالنزول عنها للغير بالإعارة أو الإجارة بمثل الأجرة أو أقل أن تطيب له الزيادة، غير أن خشية تسرب الربا إلى المعاملة هو الذي ألجأ بعض الفقهاء إلى ألا تطيب الزيادة عن الأجرة، وهو احتمال بعيد لا تؤيده القواعد العامة.

وفيما يتعلق بعدم جواز النزول عن الإيجار من الباطن إذا كانت شخصية المستأجر محل اعتبار، نصت المادة (٥٨٧) من المجلة على أن للمستأجر إيجار ما لم يتفاوت استعماله وانتفاعه باختلاف الناس لآخر»، ونصت المادة (٥٣٦) على أن « من استأجر ثيابًا على أن يلبسها بنفسه فليس له أن يُلْبَسَها غيره ». ونصت المادة (٥٣٧) على أن « الحلي كاللباس »، ونصت المادة (٥٥١) على أن « الدابة التي استكريت على أن يركبها فلان لا يصح إركابها غيره، وإن أركب وتلف الحيوان يلزم الضمان ».

تتفق هذه المادة مع ما ورد في المادة (٥٨٨) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[٣]، ونصها:

١ - « للمستأجر أن ينزل عن الإيجار أو يؤجر من الباطن، وذلك عن كل ما استأجره أو بعضه، ما لم تكن شخصية المستأجر محل اعتبار، أو يقضي نص أو اتفاق بغير ذلك.

٢ - وإذا اشترط المؤجر ألا يكون النزول عن الإيجار أو الإيجار من الباطن إلا بموافقته، فلا يجوز له أن يمتنع عن هذه الموافقة إلا لسبب مشروع »[٤].

---

(١) يستفاد حكمها من الهندية أوائل الباب السابع في إجارة المستأجر ص : ٤٠٨.

(٢) الفتاوى الهندية : ٤/ ٤٢٥.

(٣) المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة (٥٨٨) ص : ٢١١.

(٤) هذه المادة تقابل المادة (٥٩٣) من مشروع القانون المدني المصري، والمادة (٧٧٥) من التقنين العراقي، وتتفق في حكمها مع المادة (٥٩٩) من التقنين الكويتي.

(مادة ٦٢٥): للمستأجر أن يؤجر العين المؤجرة لغير مؤجرها بعد قبضها وقبله إن كانت عقارًا، وليس له إجارتها قبل القبض بل بعده إن كانت منقولًا[1].

للمستأجر إيجار المأجور لآخر قبل القبض إن كان عقارًا، وإن كان منقولًا فلا، بناءً على أن ما لا يجوز بيعه قبل القبض لا يجوز إجارته؛ لأن الإجارة هي بيع المنفعة، وقد أخذت المجلة بهذا القول في المادة، و لأن المعقود عليه في الإجارة المنفعة، ومنفعة العقار يتصور هلاكها قبل القبض بهلاك البناء فيتمكن فيه الغرر، وما لا يجوز بيعه قبل القبض لا يجوز إجارته؛ لأنها بيع منفعة، فلا يجوز كبيع العين؛ لأنه يتمكن غرر انفساخ العقد في الإجارة بهلاك المستأجر.

مثلًا: لو آجر أحد الدار أو الأرض التي استأجرها لمدة معلومة قبل القبض من آخر صحَّ إذا رخص المؤجر الأول للمستأجر الثاني بالقبض.

وتفيد المادة أن المستأجر إذا أجَّر الشيء المأجور من مؤجره لا يكون صحيحًا، سواء أكان ذلك قبل القبض أو بعد القبض، وسواء أكان المؤجر صاحب المال أو مستأجرًا، وسواء أكان في المسألة شخص ثالث أو لا؛ لأن المستأجر يقوم في المنفعة مقام المؤجر، وإيجار المأجور من الآجر تمليكه منافع ملكه، وهذا لا يجوز شرعًا.

مثلًا: لو آجر أحد داره من آخر وآجرها هذا من الآجر الأول فلا يصح، ولا يطرأ على الإجارة الأولى خلل؛ لأن الإجارة الثانية فاسدة، فلا تقدر على رفع الأولى الصحيحة، ولا تلزم المستأجر أي المؤجر الأول أجرة، ولكن إذا قبض الآجر المأجور من المستأجر بسبب هذه الإجارة الثانية وبقي في يده سقطت الأجرة عن المستأجر، على أن للمستأجر استرداد المأجور في أي وقت أراد، لكن إذا لم يقبضه فلا تسقط الأجرة، كذلك الحكم على هذا المنوال فيما إذا أعار المستأجر المأجور إلى الآجر، أي: إن المأجور إذا بقي في يد الآجر تسقط الأجرة وللمستأجر استرداده في أي وقت أراد، وكذلك الحكم في استئجار الوكيل بالإيجار المأجور من المستأجر.

=وتقابل المواد (٧٠٢ - ٧٠٤) من التقنين الأردني.

أما حكم الفقرة الثانية من المادة المذكورة فهو تطبيق لنظرية التعسف في استعمال الحق، التي نصت عليها المادة (٣٧) من المشروع واقتبست ضوابطها من الفقه الإسلامي.

(١) يستفاد حكمها من الدر ورد المحتار من أوائل مسائل شتى للإجارة : ٦/ ٩١ حيث جاء أن « للمستأجر أن يؤجر المؤجر بعد قبضه، قيل: وقبله من غير مؤجره، وأما من مؤجره فلا يجوز » أي فالخلاف في الإجارة كالخلاف في البيع، فعندهما يجوز، وعند محمد لا يجوز، وقيل: لا خلاف في الإجارة، وهذا في غير منقول، فلو منقولًا لم يجز قبل القبض ».

وإذا تقابل المستأجر الأول والآجر الإجارة بعد أن آجر المستأجر المأجور من آخر وسلَّمه إياه فالإقالة صحيحة، وتنفسخ الإجارة الأولى والثانية، وإذا كان المأجور منقولًا فليس للمستأجر إيجاره من آخر قبل القبض.

هذا عن التصرف في المأجور قبل القبض، أما التصرف في الأجرة قبل القبض فحكمه أن للآجر أن يشتري متاعًا من المستأجر في مقابل بدل الإجارة الثابت في ذمته، وأنه إذا كانت الأجرة عروضًا أو حيوانات أو مكيلات أو موزونات معينة فليس للآجر أن يبيعها من المستأجر قبل القبض، كما ليس له أن يبيعها من غيره كذلك،وأنه إذا كانت الأجرة غير معينة أي دينًا ثابتًا في الذمة كالموزونات التي تلزم بشرط التعجيل أو استيفاء المنفعة، فليس للآجر أن يبيعه من آخر قبل القبض، وله أن يبيعه من المستأجر، وأنه إذا وهب المؤجر الأجرة التي تكون دينًا للمستأجر أو أبرأه منها، فإذا كان مشروطًا أن تكون معجلة أو كانت المنفعة قد استوفيت صحَّ ذلك، ولا يطرأ على الإجارة خلل، أما إذا لم تكن الأجرة معجلة والمنفعة لم تستوفِ أيضًا، فلا تجوز هبة المؤجر وإبراؤه أيضًا على رأي أبي يوسف، ولا يطرأ خلل على عقد الإجارة، سواء أكانت الأجرة دينًا أو عينًا.

ولو أبرأ الآجر المستأجر من الأجرة كلها أو وهبها له بعد استيفاء نصف المنفعة صح في النصف فقط على رأي الإمام المشار إليه، وفي النصف الباقي لا يكون صحيحًا، ولو أبرأه عن الكل إلا درهمًا صح بالإجماع؛ لأنه بمنزلة الحط[1].

***

❁ (مادة ٦٢٦): على المؤجر بعد قبضه الأجر المسمى المشروط تعجيله أن يسلم للمستأجر العين المؤجرة بالهيئة التي رآها عليها وقت العقد، فإن كانت قد تغيرت بفعله أو فعل غيره تغيرًا يخل بالسكنى فالمستأجر مخير إن شاء قبلها وإن شاء فسخ الإجارة[2].

العيب إذا حدث بالعين المستأجرة فإن كان عيبًا لا يؤثر في اختلال المنافع لم يثبت للمستأجر خيار، نحو كما لو سقط حائط من الدار وذلك لا يضر بالسكنى، وإن كان عيبًا يؤثر في اختلال المنافع كالدابة إذا مرضت، والدار إذا انهدم بعض بنائها أو سقط حائط يضر بالسكنى فللمستأجر خيار، فإن شاء استوفى المنفعة مع العيب ويلزمه جميع البدل، وإن شاء نقض العقد، فإن بنى الآجر الحائط قبل فسخ المستأجر العقد لم يكن للمستأجر حق الفسخ

(١) انظر مجلة الأحكام العدلية المادة (٥٨٦) : ١/ ٦٧٠، ٦٧١.

(٢) يستفاد هذا من حاشية الطحطاوي في أوائل الإجارة ص : ٤.

لزوال العيب، كما لو برئ قبل الفسخ[١].

بهذا فإن من استأجر دارًا فوجد بها عيبًا يضر بالسكنى فله الفسخ؛ لأن المعقود عليه المنافع، وأنها توجد شيئًا فشيئًا، فكان هذا عيبًا حادثًا قبل القبض فيوجب الخيار كما في البيع، ثم المستأجر إذا استوفى المنفعة فقد رضي بالعيب فيلزمه جميع البدل كما في البيع، وإن فعل المؤجر ما أزال به العيب فلا خيار للمستأجر لزوال سببه[٢].

وهذا ما يتفق مع ما ورد في المادة (٣٣٦) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب أبي حنيفة، والتي تنص على أنه: « تفسخ الإجارة بخيار عيب فوت النفع بالشيء المستأجر ».

***

(مادة ٦٢٧): الإجارة المعقودة من المستأجر المالك لمنفعة العين المنتفع بها بلا إذن مالك رقبتها[٣] تنتهي بانتهاء مدة الإجارة المعقودة بينه وبين المالك، ويترتب على انفساخ عقد المستأجر الأول انفساخ العقد الذي عقده مع المستأجر الثاني.

ينتهي عقد الإيجار الثاني بانتهاء عقد الإجارة الأول؛ لأن الثابت إلى غاية ينتهي عند وجود الغاية فتنفسخ الإجارة الأولى وما يترتب عليها بانتهاء المدة، إلا إذا كان ثمة عذر بأن انقضت المدة وفي الأرض زرع لم يستحصد فإنه يترك إلى أن يستحصد بأجر المثل؛ لأن في ترك الزرع إلى أن يدرك مراعاة الحقين، والنظر من الجانبين؛ لأن لقطعه غاية معلومة، بخلاف الغاصب إذا زرع الأرض المغصوبة فإنه يؤمر بالقلع، ولا يترك إلى وقت الحصاد بأجر؛ لأن الترك في الإجارة لدفع الضرر عن المستأجر نظر له، وهو مستحق للنظر؛ لأنه زرع بإذن المالك، فأما الغاصب فظالم متعد في الزرع فلا يستحق النظر بالترك؛ لأنه هو الذي أضر بنفسه حيث زرع أرض غيره بغير حق فكان مضافًا إليه[٤].

وهذا ما تناولته المادة (٥٩١) من مجلة الأحكام العدلية، والتي تنص على أنه: « يلزم المستأجر رفع يده عن المأجور عند انقضاء الإجارة، وطبقًا لذلك لا يبقى للمستأجر من حق في المأجور متى انقضت الإجارة، فعليه بعد تمام المدة أن يرفع يده عن المأجور أي

---

(١) الفتاوى الهندية : ٤/ ٤٥٨.

(٢) انظر فتح القدير : ٩/ ١٤٤.

(٣) أما لو كانت بإذنه فالظاهر أنها لا تنتهي بانتهاء الأولى؛ لأنهم عللوا انفساخ الثانية بانتهاء الأولى بكون المستأجر الأول صار فضوليًا فيما بقي من المدة بعد مدة الأولى فتنفسخ.

(٤) انظر بدائع الصنائع : ٤/ ٢٢٤.

ألا يستعمله، وأن يسلمه إلى المؤجر بمجرد طلبه »[١].

***

● (مادة ٦٢٨): المستأجر الذي آجر لغيره العين المنتفع بها ملزوم بالأجرة لمالكها، وليس للمالك قبضها من المستأجر الثاني إلا إذا أحاله المستأجر عليه أو وكله بقبضها من المستأجر الثاني[٢].

تخضع العلاقة بين المستأجر الأول والمالك لأحكام عقد الإيجار الأصلي، على حين تخضع العلاقة بين المستأجر الأول والثاني لأحكام عقد الإيجار الذي عقده؛ ولذا فإن المستأجر الثاني يؤدي الأجرة للمستأجر الأول، ويلزم المستأجر الأول بأداء الأجرة للمالك طبقًا لاتفاقهما، وليس للمالك أن يأخذ الأجرة من المستأجر الثاني مباشرة ما لم يكن قد وكَّله المستأجر الأول في قبضها من المستأجر الثاني أو أحاله المستأجر الأول على الثاني لقبضها منه، وبهذا يعمل كل من العقدين في مجاله الخاص به.

وتتفق هذه المادة مع ما ورد في المادة (٥٩١) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[٣]، ونصها:

١ - « في حالة الإيجار من الباطن تبقى العلاقة بين المؤجر والمستأجر الأصلي خاضعة لأحكام عقد الإيجار الأصلي، أما العلاقة بين المستأجر الأصلي والمستأجر من الباطن فتسري عليها أحكام عقد الإيجار من الباطن.

٢ - ومع ذلك يكون المستأجر من الباطن ملزمًا بأن يؤدي للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتًا في ذمته للمستأجر الأصلي وقت أن ينذره المؤجر، ولا يجوز أن يتمسك قبل المؤجر بما يكون قد عجَّله من الأجرة للمستأجر الأصلي، ما لم يكن ذلك قد تم قبل الإنذار وفقًا للعرف أو لاتفاق ثابت التاريخ تم وقت الإيجار من الباطن »[٤].

---

(١) انظر شرح مجلة الأحكام العدلية المادة (٥٩١) : ١/ ٦٧٩.

(٢) يستفاد من تنقيح الحامدية من أوسط الإجارة ضمن جواب ص : ٤٠.

(٣) انظر المادة (٥٩١) من المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص : ٢١٣.

(٤) هذه المادة تقابل المادة (٥٩٦) من مشروع القانون المدني المصري التي تنص على أنه:

١ - « يكون المستأجر من الباطن ملزمًا بأن يؤدي للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتًا في ذمته للمستأجر الأصلي وقت أن ينذره المؤجر.

٢ - ولا يجوز للمستأجر من الباطن أن يتمسك قبل المؤجر بما يكون قد عجله من الأجرة للمستأجر الأصلي، ما لم يكن ذلك قد تم قبل الإنذار وفقًا للعرف أو لاتفاق ثابت التاريخ تم وقت الإيجار من الباطن ». =

❁ **(مادة ٦٢٩): لا يجبر صاحب الدار المؤجرة على عمارتها وترميم ما اختل من بنائها وإصلاح ميازيبها[١] وإن كان ذلك عليه لا على المستأجر، لكنه إذا لم يفعل المؤجر ذلك كان للمستأجر أن يخرج منها، إلا إذا كان استأجرها وهي كذلك وقد رآها فليس له الخروج منها[٢].**

عمارة الدار المؤجرة وتطيينها وإصلاح الميزاب وترميم البناء يكون على صاحب الدار، وكذلك كل سترة تَرْكُها يخل بالسكنى يكون على رب الدار، فإن أبى صاحب الدار أن يفعل ذلك كان للمستأجر أن يخرج منها، إلا أن يكون استأجرها وهي كذلك وقد رآها فحينئذ يكون راضيًا بالعيب، ولا يجبر صاحب البيت على إصلاح سقفه؛ لأن الإنسان لا يجبر على إصلاح يملكه.

ثم حدوث العيب بالعين المستأجرة على وجهين: أحدهما لا يؤثر في المنافع فلا يثبت الخيار، كالدار إذا سقط منها حائط لا ينتفع به في سكناها فهذا لا يثبت الخيار، وإن كان النقص يؤثر في المنافع كالدابة إذا دبرت، أو الدار إذا انهدم بعض بنائها فللمستأجر الخيار، فإن بنى المؤجر ما سقط فلا خيار للمستأجر؛ لأن العيب زال، وتطيين الدار وإصلاح ميازيبها وما وهن من بنائها على مالكها دون المستأجر ولا يجبر على ذلك؛ لأن المالك لا يجبر على إصلاح ملكه، وللمستأجر أن يخرج إذا لم يصلح المؤجر ذلك، وكذا إصلاح بئر الماء والبالوعة وبئر المخرج على المالك أيضًا، ولا يجبر عليه إذا كان امتلأ من فعل المستأجر، وإذا انقضت المدة وفي الدار تراب من كنس المستأجر، أو رماد فعليه أن يرفعه؛ لأنه حدث بفعله فصار كمتاع وضعه فيها، وإن أصلح المستأجر شيئًا من خلل الدار فهو متطوع لا يحتسب له[٣].

تتفق هذه المادة مع ما ورد في المادة (٥٧٢) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام

=والمادة المذكورة تتفق في أحكامها مع المادة (٧٧٦) من التقنين العراقي.

وتتفق في أحكامها مع المادة (٦٠٢) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة (٧٠٥) من التقنين الأردني.

والسند الشرعي للفقرة الأولى من هذه المادة قوله عليه الصلاة والسلام: « **المسلمون على شروطهم** »، فالعلاقة بين المؤجر والمستأجر الأصلي تسري عليها شروط عقد الإيجار الأصلي. والعلاقة بين المستأجر الأصلي، والمستأجر من الباطن تسري عليها شروط عقد الإيجار من الباطن.

وتهدف الفقرة الثانية من المادة المذكورة إلى حماية مصلحة شرعية معتبرة، وهي مصلحة المؤجر.

(١) في طبعة دار الفرجاني « ميازيبهها» والمثبت من طبعة نظارة المعارف وهو الصحيح.

(٢) يستفاد حكمها من السابع عشر فيما يجب على المستأجر من أوله من الهندية ص : ٤/ ٤٥٥.

(٣) انظر الجوهرة النيرة : ١/ ٢٧٣.

الشريعة الإسلامية[1]، ونصها:

١ - « يضمن المؤجر للمستأجر جميع ما يوجد في العين المؤجرة من عيوب تحول دون الانتفاع بها، أو تنقص من هذا الانتفاع إنقاصًا كبيرًا، ولكنه لا يضمن العيوب التي جرى العرف بالتسامح فيها، وهو مسؤول كذلك عن خلو العين من صفات تعهد صراحة بتوافرها أو خلوها من صفات يقتضيها الانتفاع بها.

٢ - ومع ذلك لا يضمن المؤجر العيب إذا كان المستأجر يعلم به وقت التعاقد، أو كان يستطيع أن يتبينه لو أنه فحص العين بعناية الرجل العادي، إلا إذا أثبت المستأجر أن المؤجر قد أكد له خلو العين من هذا العيب »[2].

***

❁ (مادة ٦٣٠): إذا حدث بالعين المستأجرة عيب يفوت به النفع بالكلية كخراب الدار، أو يخل بالمنفعة كانهدام جزء منها يؤثر هدمه على المنفعة المقصودة منها يكون للمستأجر خيار فسخ الإجارة، ويسقط عنه الأجر في الصورة الأولى سواء فسخ أم لا.

وأما في الصورة الثانية فإن فسخ بحضرة رب الدار سقط عنه الأجر، وإن لم يفسخ لا يسقط الأجر سواء استوفى المنفعة مع العيب أم لا[3]، فإذا بنيت الدار وأصلح الخلل الذي حدث فيها فلا خيار للمستأجر.

إذا حدث عيب بالعين المستأجرة، فإن أثر في المنافع يثبت الخيار للمستأجر، كالدار إذا

---

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص : ٢٠٥.

(٢) تتفق الفقرة الأولى من هذه المادة في حكمها مع الفقرة الأولى من المادة (٥٧٦) من مشروع القانون المدني المصري التي تنص على أنه: «يضمن المؤجر للمستأجر جميع ما يوجد في العين المؤجرة من عيوب تحول دون الانتفاع بها، أو تنقص من هذا الانتفاع إنقاصًا كبيرًا، ولكنه لا يضمن العيوب التي جرى العرف بالتسامح فيها، وهو مسؤول عن خلو العين من صفات تعهد صراحة بتوافرها، أو عن خلوها من صفات يقتضيها الانتفاع بها، كل هذا ما لم يقض الاتفاق بغيره ».

والفقرة الثانية من هذه المادة تقابل الفقرة الثانية من المادة (٥٧٦) من مشروع القانون المدني المصري التي تنص على ما يأتي: « ومع ذلك لا يضمن المؤجر العيب إذا كان المستأجر قد أخطر به، أو كان يعلم به وقت التعاقد ».

والمادة المذكورة تتفق في حكمها مع المادتين (٧٥٦ و ٧٥٧) من التقنين العراقي.

وتتفق في حكمها مع المادة (٦٨٦) من التقنين الأردني، فيما عدا أن هذا التقنين لا ينص على مسؤولية المؤجر عن خلو العين من صفات تعهد بتوافرها، أو خلوها من صفات يقتضيها الانتفاع بها.

وتتفق في حكمها مع المادة (٥٨٢) من التقنين الكويتي، فيما عدا أن هذا التقنين لا ينص على مسؤولية المؤجر عن خلو العين من صفات تعهد بتوافرها، أو خلوها من صفات يقتصيها الانتفاع بها.

(٣) يستفاد حكمها من الدر ورد المحتار من أوائل فسخ الإجارة ص : ٤٨، ٤٩، ومن الهندية من أوائل التاسع عشر في فسخ الإجارة ص : ٤٤٣.

انهدم بعضها؛ لأن كل جزء من المنفعة كالمعقود عليه، فحدوث عيب قبل القبض يوجب الخيار، وإن لم يؤثر في المنافع فلا، كالدار إذا سقط منها حائط لا ينتفع به في سكناها؛ لأن العقد ورد على المنفعة دون العين، وهذا النقص حصل بالعين دون المنفعة، والنقص بغير المعقود عليه لا يثبت الخيار[١].

ولا خلاف بين الفقهاء في أنه إذا حدث في المعقود عليه عيب في مدة العقد، وكان هذا العيب يخل بالانتفاع بالمعقود عليه، ويفوت المقصود بالعقد مع بقاء العين، كانجراح ظهر الدابة المعينة المؤجرة للركوب، فإن ذلك يؤثر على العقد اتفاقًا، ويجعله غير لازم بالنسبة لمن أضر به وجود العيب.

فلو اشترى شيئًا فآجره، ثم اطلع على عيب طرأ فيه، يكون له أن يفسخ الإجارة، ويرد المبيع، فحق الرد بالعيب يكون عذرًا يخوِّل له فسخ الإجارة؛ لأن المنافع تتجدد، ولا كذلك البيع.

وفي المغني: إذا اكترى عينًا فوجد بها عيبًا لم يكن علم به فله فسخ العقد بغير خلاف[٢].

***

❁ (مادة ٦٣١): إذا كان العيب الحادث بالعين المستأجرة لا يؤثر في المنفعة المقصودة منها ولا يخل بها، كما إذا سقط منها حائط لا يضر بالسكنى، فلا يثبت الخيار للمستأجر ويلزمه الأجر المسمى[٣].

إذا كان العيب لا يفوت المنافع المقصودة من العقد، كانهدام بعض محال الحجرات، بحيث لا يدخل الدار برد ولا مطر، وكانقطاع الماء عن الأرض مع إمكان الزرع بدون ماء، فإن ذلك وأمثاله لا يكون مقتضيًا للفسخ[٤]، وإذا اطلع على العيب ورضي به يلزمه جميع البدل كما في البيع.

ويقابل هذه المادة وسابقتها ما جاء في القوانين المدنية العربية الحديثة، وهو ما عبَّرت عنه المادة (٦٨٦، ٦٨٧) من القانون المدني الأردني، فقد نصت المادة (٦٨٦) من هذا القانون على أنه:

١ - « يضمن المؤجر للمستأجر جميع ما يوجد في المأجور من عيوب تحول دون الانتفاع به، أو تنقص منه نقصانًا فاحشًا، ولا يضمن العيوب التي جرى العرف على التسامح فيها.

(١) رد المحتار : ٦/ ٧٧، الموسوعة الفقهية : ١/ ٢٧٥، الفتاوى الهندية : ٤/ ٤٥٨.
(٢) انظر الموسوعة الفقهية : ١/ ٢٧٦.
(٣) يستفاد من رد المحتار : ٦/ ٨٠.
(٤) الموسوعة الفقهية : ١/ ٢٧٥، والجوهرة المنيرة : ١/ ٢٧٣.

٢ - ولا يضمن المؤجر العيب إذا كان المستأجر على علم به وقت التعاقد أو كان من اليسير عليه أن يعلم به »، وتنص المادة (٦٨٧) على أنه: « إذا ترتب على العيب حرمان المستأجر من الانتفاع بالمأجور جاز له أن يطلب الفسخ أو إنقاص الأجرة، مع ضمان ما يلحقه من ضرر ».

***

❁ (مادة ٦٣٢): إذا احتاجت الدار المستأجرة لعمارة ضرورية لصيانتها فلا يمنع المستأجر المؤجر من إجرائها، فإن ترتب على العمارة ما يضر بالسكنى أو يخل بالمنفعة فالمستأجر بالخيار بين الفسخ وعدمه[1].

عمارة الدار المستأجرة وتطيينها وإصلاح الميزاب وما كان من البناء يكون على صاحب الدار، وكذلك كل سترة تركُها يخل بالسكنى يكون على رب الدار، فإن أبى صاحب الدار أن يفعل ذلك كان للمستأجر أن يخرج منها، إلا أن يكون استأجرها وهي كذلك، وقد رآها فحينئذ يكون راضيًا بالعيب، وفي عمدة الفتاوى لأوحد الدين النسفي - رحمه اللّٰه تعالى -: رجل استأجر بيتًا وشحنه تبنًا ثم وَكِفَ الماء من السقف لا يجبر صاحب البيت على إصلاح سقفه؛ لأن الإنسان لا يجبر على إصلاح ملكه كذا في الظهيرية.

ولو استأجرها ولا زجاج فيها، أو في سطحها ثلج وعلم به فلا خيار له كذا في القنية.

وهو ما اتجهت إليه القوانين العربية الحديثة وإلى النص عليه؛ فالمواد (٥٧٠) مدني مصري، (٧٥٢) عراقي، (٥٧٤) كويتي تتفق على حق المؤجر في تعهد المأجور بالصيانة وإجراء الترميمات الضرورية، وهو ما نصت عليه المادة (٥٦٤) من مشروع القانون المدني المصري طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، ونصها:

١ - للمؤجر الحق في إجراء الترميمات المستعجلة التي تكون ضرورية لحفظ العين المؤجرة ولو عارض المستأجر، على أنه إذا ترتب على هذه الترميمات خلل كلي أو جزئي بالانتفاع بالعين، جاز للمستأجر أن يطلب بحسب الأحوال إما فسخ الإيجار أو إنقاص الأجرة.

٢ - دفع ذلك إذا بقي المستأجر في العين المؤجرة إلى أن تتم الترميمات سقط حقه في طلب الفسخ.

***

---

(١) يستفاد آخر هذه المادة من الهندية من أوائل التاسع عشر في فسخ الإجارة ص : ٤٤٣ المتقدمة(٤٥٦) حيث جاء « يلزم المؤجر عمارة الدار وإصلاح كل ما يخل بالسكنى، فإن أبى حُق للمستأجر فسخ العقد، إلا إذا كان استأجرها على حالها » الموسوعة الفقهية : ١/ ٢٨٦.

❁ **(مادة ٦٣٣): لا يجوز للمؤجر أن يتعرض للمستأجر في استيفائه المنفعة مدة الإجارة، ولا أن يحدث في العين المؤجرة تغييرًا يمنع من الانتفاع بها أو يخل بالمنفعة المعقود عليها.**

وهذا ما تناولته المادة (٥٨٣) من مجلة الأحكام العدلية، والتي تنص على: إذا انعقدت الإجارة الصحيحة على المدة أو المسافة يلزم تسليم المأجور للمستأجر، على أن يبقى في يده متصلًا ومستمرًّا إلى انقضاء المدة أو ختام المسافة.

ويتفق هذا مع ما ورد في المادة (٥٦٥) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[١]، ونصها:

١ - « على المؤجر أن يمتنع عن كل ما مِنْ شأنه أن يحول دون انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة، ولا يجوز له أن يحدث بالعين أو بملحقاتها أي تغيير يخل بهذا الانتفاع.

٢ - ويعتبر التعرض الصادر من أحد أتباع المؤجر بمثابة تعرض صادر من المؤجر نفسه »[٢].

* * *

❁ **(مادة ٦٣٤): إذا سلم المؤجر جميع الدار للمستأجر، ثم تعرض له ونزع منها بيتًا من بيوتها رُفِعَ عن المستأجر من الأجر بقدر حصته[٣]، وكذلك الحكم إذا شغل المؤجر بمتاعه بيتًا من بيوت الدار المستأجرة فإن حصته تسقط من الأجرة المسماة[٤].**

واجب الآجر أن يسلم المأجور للمستأجر مع إبقائه في يد الأخير مدة انتفاعه به مقابل ما عليه من الأجرة، فلو امتنع عن التسليم لم تجب الأجرة، ولو كان التسليم ناقصًا فإنه يسقط من الأجرة قدر النقصان.

ولذا لو كانت الدار مشغولة بمتاع الآجر، أو الأرضُ مزروعة فالصحيح أنه لا يجب الأجر ما لم يسلم فارغًا أو يبيع ذلك منه، ولو فَرَّغ الدار وسلم إلا بيتًا مشغولًا بمتاعه سقط الأجر بحصته، وله الخيار في الباقي لتفرق الصفقة عليه، فإن فرَّغ البيت قبل الفسخ لزمت الإجارة.

---

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة (٥٦٥) ص : ٢٠١.

(٢) هذه المادة تطابق المادة (٥٧٧) من مشروع القانون المدني المصري، والمادة (٥٨١) من التقنين الكويتي، والمادة (٧٥٣) من التقنين العراقي، والمادة (٦٨٤) من التقنين الأردني.

(٣) جاء في الفتاوى الهندية : ٤/ ٢٥٩، ٤/ ٤٣٨.

(٤) يستفاد من الهندية من الثاني عشر في صفة تسليم الإجارة ص : ٤٢٢، ومنها من الثاني والعشرين في بيان التصرفات من أواخر ص : ٤٥٧ وكذا الفقرة قبلها، درر الحكام شرح مجلة الأحكام : ١/ ٥٧١ المادة (٥٨٥).

وحصة البيت المشغول بمتاع الآجر من الأجرة تعلم بالطريقة الآتية:

فإذا كان معينًا لكل حجرة أجرة على حدة، فذلك البدل يكون حصة تلك الحجرة من بدل الإجارة، كقول الآجر: هذه الدار ذات عشر حجر، وقد أجرت كل غرفة منها بعشرة يسقط ما يقابلها، وإذا لم تكن أجرة كل حجرة معينة على حدة وعين بدل الدار جميعها فتعين أجرة تلك الحجرة بالنسبة، وذلك كما لو كانت أجرة مثل هذه بحجراتها كلِّها اثني عشر وأجرتها المثلية ما عدا تلك الحجرة عشر ريالات، فيكون ما يصيب تلك الحجرة من الأجرة خُمْس الأجر المسمى، ونقص بذلك خُمْس الأجرة.

كذلك لو سكن المؤجر في الدار المأجورة مع المستأجر فإنه يسقط من الأجرة ما يصيب المقدار الذي يسكنه المؤجر من الدار، ويكون المستأجر مخيرًا في باقي الدار لتفريق الصفقة، فإن شاء فسخ الإجارة وإن شاء سكن الحجر الباقية بحصتها من الأجرة، وإن شاء أجبر الآجر على إخلاء المأجور جميعه.

وإذا أخلى الآجر الدار من أمتعته لزمت الإجارة و يسقط حق المستأجر في الفسخ، وعدم الانتفاع بالحجرة المذكورة ناشئ عن فعل الآجر وعليه يسقط مقدار حصتها من الأجرة[1].

وقد جاءت المادة (٥٦٥) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية بذلك، ونصها:

١ - « على المؤجر أن يمتنع عن كل ما من شأنه أن يحول دون انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة، ولا يجوز له أن يحدث بالعين أو بملحقاتها أي تغير يخل بهذا الانتفاع.

٢ - ويعتبر التعرض الصادر من أحد أتباع المؤجر بمثابة تعرض صادر من المؤجر نفسه ».

وتقابل هذه المادة في القوانين العربية الحديثة المواد (٥٧١) مدني مصري، (٥٨١) كويتي، (٦٨٤) أردني، (٧٥٣) عراقي.

***

❁ (مادة ٦٣٥): إذا عرض في مدة الإجارة ما يمنع من الانتفاع بالعين المؤجرة، بأن غُصبَت الدار المستأجرة منه، ولم يتمكن بأي وسيلة كانت من رفع يد الغاصب سقطت الأجرة عن

---

(١) انظر مجلة الأحكام العدلية المادة (٥٨٥).

المستأجر[١]، ولو عرض ذلك في بعض المدة سقطت الأجرة بقدره[٢].

« إن عرض في بعض المدة ما يمنع الانتفاع بالمأجور، كما لو غُصِبَت الدار من المستأجر، أو غرقت الأرض المستأجرة أو انقطع عنها الشرب سقطت الأجرة بقدر ذلك »[٣].

وإذا قبض المستأجر الدار فعليه الأجرة وإن لم يسكنها؛ لأنه تمكن من الاستيفاء فأوجب ذلك استقرار البدل، فإن غصبها غاصب من يده سقطت الأجرة كلها إذا غصبها قبل أن يسكنها، أما إذا غصبها بعدما سكن فيها مدة سقط عنه من الأجر بحساب ذلك ولزمه أجرة ما سكن[٤].

وقد نصت المادة (٤٧٨) من مجلة الأحكام العدلية على أنه: لو فات الانتفاع بالمأجور بالكلية سقطت الأجرة، مثلًا: لو احتاج الحمام إلى التعمير وتعطل في أثناء تعميره تسقط حصة تلك المدة من الأجرة، وكذلك لو انقطع ماء الرحى وتعطلت تسقط الأجرة اعتبارًا من وقت انقطاع الماء، ولكن لو انتفع المستأجر بغير صورة الطحن من بيت الرحى يلزمه إعطاء ما أصاب حصة ذلك الانتفاع من بدل الإجارة[٥].

تتفق هذه المادة مع المادة (٥٦٦) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، ونصها: «يضمن المؤجر التعرض الصادر من الغير إذا كان مبنيًّا على سبب قانوني » ويتعلق بذلك أيضًا ما جاء في المادة (٥٧٦) من هذا المشروع، ونصها:

١ - « إذا ادعى الغير حقًّا يتعارض مع ما للمستأجر من حقوق بمقتضى عقد الإيجار وجب على المستأجر أن يبادر إلى إخطار المؤجر بذلك، وله أن يخرج من الدعوى، وفي هذه الحالة لا توجه الإجراءات إلا إلى المؤجر.

٢ - فإذا ترتب على هذا الادعاء أن حُرِمَ المستأجر فعلًا من الانتفاع الذي له بموجب عقد الإيجار، جاز له بحسب الأحوال أن يطلب الفسخ أو إنقاص الأجرة، مع التعويض إن كان له مقتض ».

ولكن المادة (٥٦٨) من هذا المشروع تنص على أنه:

١ - « لا يضمن المؤجر للمستأجر التعرض المادي الصادر من الغير ما دام المتعرض

---

(١) هذه المادة تتفق مع المادتين (٥٦٨، ٥٧٠) من الاقتراح بمشروع قانون المعاملات المدنية للجنة تقنين أحكام الشريعة الإسلامية لمجلس الشعب المصري سنة (١٩٨٢م)، انظر المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص : ٢٠٢، ٢٠٣، ٢٠٤.

(٢) يستفاد حكمها وما بعدها من المادتين من كتاب الإجارة من الدر وحاشية رد المحتار من أوسطه ص : ٨.

(٣) الفتاوى الهندية : ٤/ ٤٣٧. (٤) انظر الجوهرة النيرة : ١/ ٣٧٢.

(٥) انظر شرح مجلة الأحكام المادة (٤٧٨) : ١/ ٥٤٧.

لا يدعي حقًّا، ولكن هذا لا يخل بما للمستأجر من الحق في أن يرفع باسمه على المتعرض دعوى المطالبة بالتعويض وجميع دعاوى الحيازة.

٢ - على أنه إذا وقع التعرض المادي بسبب لا يد للمستأجر فيه، وكان هذا التعرض من الجسامة بحيث يحرم المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، جاز له بحسب الأحوال أن يطلب فسخ العقد أو إنقاص الأجرة ».

أما المادة (٥٧٠) فتنص على أنه: « إذا ترتب على عمل من جهة حكومية - ولو في حدود القانون - نقص كبير في الانتفاع بالعين المؤجرة جاز للمستأجر بحسب الأحوال أن يطلب فسخ العقد أو إنقاص الأجرة، ما لم يكن عمل الجهة الحكومية لسبب يرجع إليه، وله أن يطالب المؤجر بالتعويض إذا كان عمل الجهة الحكومية قد صدر بسبب يكون المؤجر مسؤولًا عنه ».

وتقابل هذه المواد في القوانين العربية الحديثة المواد (٥٧١، ٥٧٢، ٥٧٤، ٥٧٥)، مدني مصري، (٥٧٧، ٥٧٨، ٥٧٩) مدني كويتي، والمادة (٧٥٥) من التقنين العراقي التي تنص على أنه:

١ - « إذا غُصِبَ المأجور ولم يتمكن المستأجر من رفع يد الغاصب، جاز له أن يطلب فسخ العقد أو إنقاص الأجرة.

٢ - فإذا نُصِرَ في رفع يد الغاصب وكان ذلك ممكنًا له، ولم ينذر المؤجر بوقوع الغصب، فلا تسقط عنه الأجرة، وله أن يرفع على الغاصب الدعوى بالتعويض ».

ونص المادة (٢٥٤) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة أنه: « يسقط الأجر في الإجارة بالغصب إن فاتت المنفعة »، وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة أن الإجارة - على قول - تفسخ بالغصب، فإذا زال الغصب قبل انقضاء المدة فلا يستوفي المستأجر ما بقي من المدة ولا أجر عليه، وعلى قول آخر أنها لا تنفسخ بالغصب، فإذا زال الغصب قبل انقضاء المدة استوفى المستأجر ما بقي من المدة وعليه الأجر بحسابه.

ويتفق الحكم بحق المستأجر في طلب الفسخ أو إنقاص الأجرة يتفق مع ما يقرره الفقه الإسلامي إذا عرض ما يمنع من الانتفاع بالعين المؤجرة، كما هو الحال إذا غصبت العين، حيث تسقط الأجرة عن المستأجر خلال المدة التي يقوم فيها هذا العارض، كما يجوز له أن يطلب الفسخ.

أما انتفاء حق المستأجر في طلب الفسخ أو إنقاص الأجرة إذا كان عمل جهة حكومية لسبب يرجع إليه، وثبوت حقه في طلب التعويض من المؤجر إذا كان عمل الجهة الحكومية

لسبب يسأل عنه المؤجر، فيتفق مع قواعد الشرع في باب الضمان بالتسبب.

***

❁ (مادة ٦٣٦): إذا قصَّر المستأجر في رفع يد الغاصب، وكان ذلك ممكنًا له فلا تسقط عنه الأجرة، ولو أمكنه ذلك بإنفاق مال لا يلزمه ذلك وتسقط عنه الأجرة.

إذا غصب العين المؤجرة غاصب في جميع المدة سقطت الأجرة، ولو في بعضها فبقدره؛ لزوال التمكن من الانتفاع وهو شرط لوجوب الأجرة، وهل تنفسخ بالغصب؟ قال صاحب الهداية: تنفسخ، وقال فخر الإسلام في فتاويه والفَضْلِي: لا تنفسخ، فإذا أراد المستأجر أن يسكن بقية المدة ليس للمؤجر منعه.

وفي قاضي خان أيضًا جاء المغصوب منه إلى الغاصب، وقال: الدَّارُ دَارِي إن لم تخرج منها فهي عليك كل شهر بمائة درهم، قال محمد: إن كان الغاصب منكرًا ويقول: الدار لي، ويسكن مدة، فأقام المغصوب منه البينة أنها داره فقضي له بها لا أجر عليه، وإن كان مقرًّا يلزمه المسمى[١].

وقد اتفق الفقهاء على أن العين المؤجرة أمانة في يد المستأجر، فإن تلفت أو ضاعت بغير تعدٍّ منه ولا تفريط فلا ضمان عليه، أما إذا تعدى أو فرط في المحافظة عليها فإنه يكون ضامنًا لما يلحق العين من تلف أو نقصان، وكذلك الحكم إذا تجاوز في الانتفاع بها حقه فيه فتلفت عند ذلك[٢].

وقد نصت المادة (٤٧٨) من مجلة الأحكام العدلية على أنه: لو فات الانتفاع بالمأجور بالكلية سقطت الأجرة، مثلًا: لو احتاج الحمام إلى التعمير وتعطل في أثناء تعميره تسقط حصة تلك المدة من الأجرة، وكذلك لو انقطع ماء الرحى وتعطلت تسقط الأجرة اعتبارًا من وقت انقطاع الماء، ولكن لو انتفع المستأجر بغير صورة الطحن من بيت الرحى يلزمه إعطاء ما أصاب حصة ذلك الانتفاع من بدل الإجارة.

وقد تقدمت الإشارة إلى ما يقابل هذه المادة في القوانين العربية الحديثة.

***

❁ (مادة ٦٣٧): إذا ادعى المستأجر أن العين المؤجرة غصبت منه، ففاته الانتفاع بها أو بعضها ولا بينة له وأنكر المؤجر ذلك، يحكم الحالُ بينهما، فإن كانت الدار بيد المستأجر فالقول

(١) انظر البحر الرائق شرح كنز الدقائق : ٨/٨.
(٢) انظر الموسوعة الفقهية : ١٣/ ٢٧٨.

للمؤجر، وإن كانت في يد غير المستأجر صدق قوله ولا أجر عليه[١].

لو ادعى المستأجر أن الأجرة قد سقطت عنه بغصب المأجور من يده؛ وأنكر الآجر دعواه هذه يحكم الحال الحاضر إذا لم يُقِمْ أحدهما بَيِّنَة فإذا كان غير المستأجر ساكنًا في المأجور فالقول للمستأجر ولا تلزمه أجرة، وإذا كان هو الساكن فيه فالقول للمؤجر، وكذا القول للمؤجر إذا كان العقار خاليًا.

« وإن اختلفا بعد انقضاء مدة الإجارة في تسليم ما استأجره في مدة الإجارة فالقول قول المستأجر مع يمينه، والبينة بينة الآجر، ولو اتفقا أنه سلم في أول المدة أو المسافة واختلفا في حدوث العارض فقال المستأجر: عرض لي مانع عن الانتفاع به من مرض أو غصب أو إباق، وجحد المؤجر ذلك، فإن كان ذلك العارض قائمًا عند الخصومة فالقول قول المستأجر مع يمينه البتة، وإن لم يكن قائمًا فالقول قول المؤجر مع يمينه على عمله، ولو اتفقا على حدوث المنع واختلفا في مدة بقاء المانع فالقول قول المستأجر ».

* * *

(مادة ٦٣٨): يجب على المستأجر أن يعتني بالعين المؤجرة كاعتنائه بملكه، ولا يجوز له أن يحدث بها تغييرًا بدون إذن مالكها[٢].

يُلْزَم المستأجر ببذل ما يَلْزَم من العناية لحفظ المأجور وإبقائه على حالته التي تسلمه بها؛ لرده إلى صاحبه على هذه الحالة، وليس له أن يستعمل المأجور أو ينتفع به على نحو يعرضه للتلف، أو يتنافى مع ما هو واجب عليه من الحفظ والصيانة، ويلزم المستأجر الضمان بمخالفة هذا الواجب، وذلك بتقصيره في الحفظ أو بتعديه في الانتفاع بالمأجور، وفي المادة (٦٠١) من المجلة العدلية أنه: « لا يلزم الضمان إذا تلف المأجور في يد المستأجر ما لم يكن بتقصيره أو تعديه أو مخالفته لمأذونيته ».

وفي المادة (٦٠٢) من هذه المجلة أنه: « يلزم الضمان على المستأجر لو تلف المأجور أو طرأ على قيمته نقص بتعديه ».

وفي المادة (٦٠٤) من المجلة كذلك أنه: « لو تلف المأجور بتقصير المستأجر في أمر المحافظة، أو طرأ على قيمته نقصان يلزم الضمان ».

ولا يختلف عن ذلك اتجاه القوانين العربية الحديثة التي عبَّرت عنها المادة (٥٨١) من

(١) الفتاوى الهندية : ٤/ ٤٧٥، ٤٧٦.

(٢) يستفاد حكمها تفصيلًا من أوائل باب ما يجوز من الإجارة ومن الدر ورد المحتار ص : ١٨.

مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، ونصها:

١ - « يجب على المستأجر أن يبذل من العناية في استعمال العين المؤجرة وفي الحفاظ عليها ما يبذله له الشخص العادي.

٢ - وهو مسؤول عما يصيب العين أثناء انتفاعه بها من تلف أو هلاك، ما لم يكن هذا التلف أو الهلاك ناشئًا عن استعمالها استعمالًا مألوفًا، أو راجعًا إلى سبب لا يد له فيه ».

***

(مادة ٦٣٩): التعميرات التي أنشأها المستأجر بإذن المؤجِّر إن كانت عائدة لإصلاح المؤجَّر وصيانته عن الخلل، فللمستأجر الرجوع بها على المؤجر وإن لم يشترط الرجوع بها عليه، وإن كانت عائدة لمنافع المستأجر فليس للمستأجر الرجوع بها إلا إذا اشترطه[١].

عمارة الدار المستأجرة وتطيينها وإصلاح الميزاب وما كان من بناء على رب الدار[٢]، لأنها ملكه، وعمارة الملك والإنفاق عليه على مالكه.

وهذا ما تناولته المادة (٥٣٠) من مجلة الأحكام العدلية، والتي نصت على أن: « التعميرات التي أنشأها المستأجر بإذن الآجر إن كانت عائدة لإصلاح المأجور وصيانته عن تطرق الخلل كتنظيم الكرميد (أي القرميد وهو نوع من الآجُرِّ يوضع على السطوح لحفظه من المطر) فالمستأجر يأخذ مصروفات هذه التعميرات من الآجر وإن لم يجر بينهما شرط على أخذه، وكانت عائدة لمنافع المستأجر فقط، كتعمير المطابخ، فليس للمستأجر أخذ مصروفاتها ما لم يذكر شرط أخذها بينهما.

تتفق هذه المادة مع ما ورد في المادة (٥٦١) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[٣]، ونصها:

١ - على المؤجر أن يتعهد العين المؤجرة بالصيانة لتبقى صالحة لأن تفي بالمنفعة المقصودة منها، فيقوم في أثناء الإجارة بجميع الترميمات الضرورية للانتفاع دون الترميمات التأجيرية.

٢ - وعليه أن يُجري الأعمال اللازمة للأسطح من تجصيص أو بياض، وأن يقوم بنزح الآبار والمراحيض ومصارف المياه.

---

(١) يستفاد حكمها تفصيلًا من تنقيح الحامدية من أواخر كتاب الإجارة ص : ١٦٣.

(٢) انظر تنقيح الفتاوى الحامدية : ٢/ ٩٩.

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة (٥٦١) ص : ١٩٨.

٣ - ويتحمل المؤجر التكاليف والضرائب المستحقة على العين المؤجرة، ويلزم بثمن المياه إذا قُدِّر جزافًا، فإذا كان تقديره « بالعداد » كان على المستأجر، أما ثمن الكهرباء والغاز وغير ذلك مما هو خاص بالاستعمال الشخصي فيتحمله المستأجر.

٤ - كل هذا ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغيره.

وتتفق هذه المادة مع اتجاهات القوانين العربية الحديثة التي عبَّرت عنها المادة (٥٦٧) من مشروع القانون المدني المصري، ونصها أن: « على المؤجر أن يتعهد العين المؤجرة بالصيانة؛ لتبقى على الحالة التي سلمت بها، وأن يقوم في أثناء الإجارة بجميع الترميمات الضرورية دون الترميمات التأجيرية »، ومع المادة (٧٥٠/ ١) من التقنين العراقي التي تنص على أن: « على المؤجر إصلاح وترميم ما حدث من خلل في المأجور أدَّى إلى إخلال في المنفعة المقصودة منه ».

ومع المادة (٥٧٢) من التقنين الكويتي التي تنص على أنه: « يلتزم المؤجر أن يتعهد المأجور بالصيانة ليبقى في حالة يصلح معها للانتفاع المقصود، بأن يقوم في أثناء مدة الإيجار بجميع الإصلاحات الضرورية طبقًا لما يقضي به العرف، ما لم يتم الاتفاق على غيره »، ومع ما جاء في المادة (٦٨١/ ١) من التقنين الأردني التي تنص على أنه « يلزم المؤجر أن يقوم بإصلاح ما يحدث من خلل في المأجور يؤثر في استيفاء المنفعة المقصودة.

***

❁ (مادة ٦٤٠): إزالة الأتربة والزبالة التي تتراكم في مدة الإجارة تلزم المستأجر[١].

إخراج التراب والرماد على المستأجر؛ لأنه حصل بعمله وتولد بانتفاعه؛ ولذا فإنه لو امتلأ مسيل الحمام فعلى المستأجر تفريغه ظاهرًا كان أو باطنًا، والمبني هو العرف في فروع كثيرة، ففي استئجار الطاحونة في كري نهرها يعتبر العرف، ولو خرج المستأجر من البيت وفيه تراب أو رماد فعلى المستأجر إخراجه بخلاف البالوعة، وإن اختلفا في التراب الطاهر فالقول للمستأجر أنه استأجرها وهو فيه[٢].

والقاعدة في القوانين العربية الحديثة أن على المستأجر أن يسلم المأجور في نهاية المدة بالحالة التي أخذه بها، وهو ما بينته المادة (٥٨٦) من مشروع القانون المدني المصري طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، والمادة (٥٩١) مدني مصري، (٧٧٢) مدني عراقي، (٧٠٠)

(١) يستفاد من رد المحتار ص : ٤٩ من باب فسخ الإجارة.

(٢) رد المحتار : ٦/ ٧٩.

مدني أردني، (٥٩٦) كويتي، ومقتضى ذلك أن إزالة الأتربة وما تراكم من مخلفات عملُ المستأجر ليسلم العين بالحالة التي أخذها.

***

(مادة ٦٤١): يجوز لمستأجر الدار أو الأراضي أن يستوفي عين المنفعة التي قدرت له في العقد أو منفعة مثلها أو دونها، وليس له أن يتجاوزها إلى ما فوقها، فلا يجوز لمستأجر حانوت للعطارة أن يعمل فيه صنعة حداد[١].

إذا استأجر الرجل من الرجل دارًا سنة بكذا ولم يسم الذي يريدها له فهو جائز؛ لأن المقصود معلوم بالعرف، فإنما يستأجر الدار للسكنى ويبني لذلك، ألا ترى أنها تسمى مسكنًا، والمعلوم بالعرف كالمشروط بالنص، وله أن يَسْكنها ويُسْكِنها مَنْ شاء؛ لأن السكنى لا تتفاوت فيها الناس، ولأن سكناه لا تكون إلا بعياله وأولاده ومن يعولهم من قريب أو أجنبي، وكثرة المساكن في الدار لا تضرُّ بها بل تزيد في عمارتها؛ لأن خراب المسكن بأن لا يسكنه أحد، وله أن يضع فيها ما بدا له من الثياب والمتاع والحيوان؛ لأن سكناه لا تتم إلا بذلك، فإن ذلك معلوم بالعرف.

ويعمل فيها ما بدا له من الأعمال يعني الوضوء وغسل الثياب وكسر الحطب ونحو ذلك؛ لأن سكناه لا تخلو عن هذه الأعمال عادة، فهي من توابع السكنى، والمعتاد منه لا يضر بالبناء، ما خلا أن ينصب فيه الرحى أو الحداد أو القصار، فإن هذا يضر بالبناء، فليس له أن يفعله إلا برضاء صاحب البيت، ويشترطه عليه في الإجارة، والمراد رحا الماء أو رحا الثور، فأما رحا اليد فلا يمنع من أن ينصبه فيه؛ لأن هذا لا يضر بالبناء وهو من توابع السكنى في العادة.

والحاصل أن كل عمل يفسد البناء أو يوهنه فذلك لا يصير مستحقًا للمستأجر بمطلق العقد إلا أن يشترطه، وما لا يفسد البناء فهو مستحق له بمطلق العقد؛ لأن السكنى التي لا توهن البناء بمنزلة صفة السلامة في المبيع فيستحقه بمطلق العقد، وما يوهن البناء بمنزلة صفة الجودة في المبيع فلا يصير مستحقًا إلا بالشرط، وعلى هذا كسر الحطب بالقدر المعتاد منه لا يوهن البناء، فإن زاد على ذلك وكان بحيث يوهن البناء فليس له أن يفعله إلا برضاء صاحب الدار[٢]، والمسلم والحربي والمستأمن والحر والمملوك التاجر والمكاتب كلهم سواء في الإجارة؛ لأنه عقد يتوصل به إلى إقامة المصالح الدنيوية، وكل واحد من هؤلاء

---

(١) يستفاد من الدر ورد المحتار من باب ما يجوز من الإجارة : ٦/ ٢٨ حيث جاء: «غير أنه لا يُسَكِّن حدادًا أو قصارًا أو طحانًا من غير رضا المالك أو اشتراطه ذلك في عقد الإجارة؛ لأنه يوهن البناء فيتوقف على الرضا ».

(٢) انظر المبسوط : ١٥/ ١٣٠.

يملك إقامة مصالح دنياه، ولأنه نوع تجارة وكل واحد منهم يملك التجارة[1].

ولا يخرج عن ذلك ما جاءت به القوانين العربية الحديثة، وهو ما عبرت عنه المادة (٥٧٨) من مشروع القانون المدني المصري طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، ونصها: « يلتزم المستأجر بأن يستعمل العين المؤجرة على النحو المتفق عليه، فإن لم يكن هناك اتفاق التزم المستأجر بأن يستعمل العين بحسب ما أعدت له، وفقًا لما جرى به العرف ».

وتقابل هذه المادة المواد (٥٧٩) مدني مصري، (٧٦٢) مدني عراقي، (٦٩٢) مدني أردني، (٥٨٩) مدني كويتي، وهو ما جاء كذلك في المادة (٤٢٦) من المجلة، ونصها أن: «من استحق منفعة معينة بعقد الإجارة فله أن يستوفي عينها أو مثلها أو ما دونها، ولكن ليس له أن يستوفي ما فوقها، مثلًا: لو استأجر الحداد حانوتًا على أن يعمل فيه، له أن يعمل فيه صنعة مساوية في المضرة لصنعة الحداد، ولكن ليس لمن استأجر حانوتًا للعطارة أن يعمل فيه صنعة الحداد ».

***

● (مادة ٦٤٢): إذا انتهت مدة الإجارة وجب على المستأجر أن يفرغ الدار أو الحانوت المؤجرة، ويسلمها لصاحبها، ولا حاجة للتنبيه عليه بالتخلية.

تنتهي الإجارة بمجرد انقضاء مدتها ويَلْزَم المستأجرَ رفعُ يده عن العين المستأجرة وتسليمها إلى المؤجر فارغة، سواء كانت الأرض ملكًا أو وقفًا.

ويتفق هذا مع ما ورد في المادة (٥٩١) من مجلة الأحكام العدلية ونصها: « يلزم المستأجر رفع يده عن المأجور عند انقضاء الإجارة »، وهو ما ورد في القوانين العربية الحديثة التي عبرت عنها المادة (٥٩٣) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[2]، ونصها: «ينتهي الإيجار بانقضاء المدة المعينة في العقد دون حاجة إلى تنبيه بالإخلاء، ما لم ينص القانون على غير ذلك ».

ويقابل هذه المادة ما ورد في المادة (٥٩٨) مدني مصري، ونصها: « ينتهي الإيجار بانتهاء المدة المعينة في العقد دون حاجة إلى تنبيه بالإخلاء ».

والمادة (٧٧٩) من التقنين العراقي، والمادة (١/٧٠٧) من التقنين الأردني، ومع

---

(١) انظر تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق : ٥/ ١١٤.

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة (٥٩٣) ص : ٢١٤.

المادة (٦٠٤) من التقنين الكويتي.

***

(مادة ٦٤٣): إذا طلب المؤجر بعد انقضاء المدة من المستأجر زيادة على الأجر المسمى، وعيَّن تلك الزيادة، وطلب منه قبولها أو الخروج من الدار فسكت المستأجر، يعتبر سكوته رضًا وقبولًا للزيادة فيلزمه أجر المثل بقدر المدة التي كان يمكنه أن ينقل فيها متاعه لتخلية الدار، وبعدها يلزمه ما قاله المؤجر وقبله بسكوته[1].

ينتهي عقد الإجارة بانقضاء مدتها، فيتعين على المستأجر إن أراد مدَّ الإجارة أن يدخل في عقد جديد مع المؤجر إن رضي بذلك، سواء بالأجر نفسه أو بزيادة عليه؛ ولذا فإنه لو استأجر دارًا، وانتهت مدة الإيجار، وقال له المؤجر: أفرغها وإلا فهي عليك كل يوم بكذا فلم يفرغ يلزمه ما سمي من هذا الأجر، وروي أن هشام قال لمحمد: أفلا تجعلها في مقدار ما ينقل متاعه منها بأجر مثلها، قال: هذا حسن، أجعلها بأجر مثلها، فإن فرغها إلى ذلك الوقت وإلا جعلتها بعد ذلك بما قال كل يوم، كذا رجل استأجر حانوتًا كل شهر بثلاثة دراهم فلما مضى شهران، قال له صاحب الحانوت: إن رضيت كل شهر بخمسة دراهم؛ وإلا ففرغ الحانوت، ولم يقل المستأجر شيئًا ولكنه سكن فيه، يلزمه كل شهر خمسة دراهم؛ لأنه لما سكن فقد رضي بذلك، ولو قال المستأجر: لا أرضى بخمسة وسكن لا يلزمه إلا الأجر الأول[2].

وقد نصت المادة (٥٩١) من مجلة الأحكام العدلية على أنه: « يلزم المستأجر رفع يده عن المأجور بعد انقضاء الإجارة »، وفي المادة (٥٩٢) من المجلة أنه: « ليس للمستأجر استعمال المأجور بعد انقضاء مدة الإجارة »، وفي المادة (٥٩٣) من المجلة أنه: « لو انقضت الإجارة وأراد الآجر قبض ماله يلزم المستأجر تسليمه إياه ».

وهذا ما عبرت عنه المادة (٥٨٥) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[3]، ونصها: « يجب على المستأجر أن يرد العين المؤجرة عند انتهاء الإيجار، فإذا أبقاها تحت يده دون حق كان ملزمًا أن يدفع للمؤجر تعويضًا يراعى في تقديره القيمة الإيجارية

---

(١) يستفاد حكمها من العبارة الأولى في الخانية من أوسط فصل في الألفاظ التي ينعقد بها الإجارة من آخر ص : ٢٦٧ وأول ص : ٢٦٨، ومثله في الأنقروية عنها من أوسط كتاب الإجارة ص : ٢٩٨، والعبارة الثانية فيهما وجوب المسمى من أول المدة، وهو مقتضى ما في الدر من مسائل شتى الإجارة ص : ٥٦، ونقل في رد المحتار مثل ما في الخانية أولًا عن التتار خانية في الصفحة المذكورة.

(٢) الفتاوى الهندية : ٤/ ٤٢٧، ٤٢٨.

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة (٥٨٥) ص : ٢١٠.

للعين وما أصاب المؤجر من ضرر، وهو ما أخذت به القوانين العربية الحديثة أيضًا »[١].

***

❁ (مادة ٦٤٤): إذا مضت مدة الإجارة وسكن المستأجر بعدها شهرًا أو أكثر يلزمه أجر المثل فيه إن كانت الدار معدة للاستغلال أو كانت وقفًا أو ليتيم.

مبنى هذه المادة أن المنافع غير مضمونة إلا بالعقد في المذهب الحنفي، وهذا ما جرى عليه متقدمو علمائهم، ولكن متأخري الأحناف استثنوا هذه الأموال التي تضمنتها المادة.

قال في الأشباه: العقار لا يُضْمَن إلا في مسائل: إذا جحده المودع، وإذا باعه الغاصب وسلمه، وإذا رجع الشهود به بعد القضاء، أو إذا كان العقار وقفًا فإنه يفتى بضمانه، كما ذكره في الفصولين نقلًا عن فوائد ظهير الدين إسحاق، وأجمعوا أنه لو أتلفه من سكناه يضمن، وكذا لو قطع الأشجار ضمن ما قطع بالإجماع، ذكره في الخلاصة، فأجمعوا أنه يضمن ما نقصه منه بفعله وسكناه؛ لأنه إتلاف، والعقار يضمن به كما إذا نقل ترابه.

وأما منافعه؛ فعند الشافعي هي مضمونة استعمله أو عطله فيجب الأجر، وقال مالك: إن عطله فلا شيء عليه، وإن استعمله يجب أجر المثل، وعندنا لا تضمن المنافع في الفصولين ذكره في الهداية، قلت: إلا في ثلاث فإنها تضمن فيها ويجب أجر المثل: مال اليتيم، ومال الوقف، والمعد للاستغلال إلا إذا سكن المعد للاستغلال بتأويل ملك أو عقد؛ كبيت سكنه أحد الشريكين في الملك، أما الوقف إذا سكنه أحدهما بالغلبة بدون إذن الآخر سواء كان موقوفًا للسكنى أو للاستغلال فإنه يجب الأجر، ويستثنى من مال اليتيم مسألة: سكنت أُمُّه مع زوجها في داره بلا أجر، ليس لهما ذلك، ولا أجر عليهما، ولا تصير الدار معدة للاستغلال بإجارتها، إنما تصير معدة إذا بناها لذلك أو اشتراها له، وبإعداد البائع لا تصير معدة في حق المشتري، وإذا أجر الغاصب ما منافعه مضمونة من مال يتيم أو وقف أو معد فعلى المستأجر المسمى لا أجر المثل، ولا يلزم الغاصب أجر المثل إنما يرد ما قبضه من المستأجر من الأشباه[٢].

ويختلف المذهب الحنفي مع المذاهب الأخرى في أصل تضمين المنافع، كما اتضح من النقول السابقة، ويختلف كذلك مع اتجاهات القوانين العربية المعاصرة التي عبرت عنها المادة (٥٨٥) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، ونصها: « يجب على المستأجر أن يرد العين المؤجرة عند انتهاء الإيجار، فإذا أبقاها تحت يده

---

(١) انظر: المادة (٥٩٠) مدني مصري، و المادة (٧٧١) من التقنين العراقي، و المادة (٧٠٨) من التقنين الأردني، و المادة (٥٩٥) من التقنين الكويتي.

(٢) مجمع الضمانات ص : ١٢٦.

دون حق كان ملتزمًا أن يدفع للمؤجر تعويضًا يراعى في تقديره القيمة الإيجارية للعين، وما أصاب المؤجر من ضرر ».

وتتفق هذه المادة مع المواد (٥٩٠) مدني مصري، (٧٧١) مدني عراقي، (٧٠٨) مدني أردني، (٥٩٥) مدني كويتي.

***

(مادة ٦٤٥): من سكن في دار غيره ابتداءً من غير عقد وكانت الدار معدة للاستغلال أو وقفًا أو ليتيم يجب عليه أجر المثل، وإن لم تكن كذلك فلا أجر عليه إلا إذا تقاضاه صاحب الدار بالأجرة وسكن فيها بعد ما تقاضاه، وكان مقرًا له بالملك ولم يصرح بنفي الرضا بالأجر[١].

الأصل في المذهب الحنفي أن المنافع غير مضمونة بالغصب إلا في الأحوال التي استثناها المتأخرون؛ ولهذا إذا سكن الرجل في دار رجل ابتداء من غير عقد، فإن كانت الدار معدة للاستغلال يجب الأجر، وإن لم تكن معدة للاستغلال لا يجب الأجر إلا إذا تقاضاه صاحب الدار بالأجر وسكن بعدما تقاضاه؛ لأن سكناه حينئذ يكون رضًا بالأجر، ونصوا: وفي المعدة للاستغلال أنه إنما يجب الأجر على الساكن إذا سكن على وجه الإجارة وعرف ذلك عنه بطريقة الدلالة[٢].

وقد نصت المادة (٤٧٢) من مجلة الأحكام العدلية على أن: من استعمل مال غيره بدون عقد ولا إذن، فإن كان معدًا للاستغلال لزمته أجرة المثل وإلا فلا، لكن لو استعمله بعد مطالبة صاحب المال بالأجرة لزمه إعطاء الأجرة وإن يكن معدًا للاستغلال؛ لأنه باستعماله في هذا الحال يكون راضيًا بإعطاء الأجرة.

وقد تقدم مخالفة اتجاه المذهب الحنفي لما اتجهت إليه القوانين المدنية العربية الحديثة التي تقترب من وجهة المذاهب الفقهية الأخرى.

***

(مادة ٦٤٦): إذا سكن أحد دار الغير بتأويل عقد - كالمرتهن إذا سكن بيت الرهن - ثم ظهر أنه للغير، أو سكنها بتأويل ملك كبيت مشترك سكنه أحد الشركاء فلا يجب الأجر على الساكن وإن كان ذلك معدًا للاستغلال، ما لم يكن وقفًا أو ليتيم[٣].

الأصل عدم تضمين المنافع بالغصب في المذهب الحنفي إلا في المستثنيات المذكورة،

---

(١) يستفاد من الدر ورد المحتار في أوسط مسائل شتى في الإجارة ص : ٥٥.

(٢) الفتاوى الهندية : ٤/ ٤٢٧. (٣) جاء في الفتاوى الهندية : ٤/ ٤٢٧.

ويستثنى من هذه المستثنيات المذكورة استيفاء المنافع بتأويل عقد، أو بتأويل ملك كبيت أو حانوت بين رجلين سكن أحدهما فيه بظن سائغ أنه مأذون له فيه لا يجب الأجر على الساكن، وإذا كان ذلك معدًّا للاستغلال، وكذا لو زرع أرضًا آلت إليه من والده سنين طويلة وظهر أنها لغيره، فقد زرعها بتأويل ملك فلا يجب عليه الأجر.

وكذا الوقف إذا سكنه أحدهما بالغلبة بدون إذن الآخر، سواء كان موقوفًا للسكنى أو للاستغلال فإنه لا يجب الأجر، وكذا السكنى بتأويل العقد[١].

ويقابل إعفاء المنتفع بالشيء من الضمان بتأويل عقد أو ملك في اصطلاح الفقه الحنفي اتجاه القوانين العربية إلى إعفاء الحائز الحسن النية من ضمان منافع ما يحوزه، وبهذا فإن حسن النية في هذه القوانين مقابل بمفهوم تأويل العقد أو الملك في اصطلاح الفقه وما عبرت به هذه المادة، فالمادة (٩٨٣) مدني مصري تقرر أن « الحائز إذا كان حسن النية وانتفع بالشيء وفقًا لما يحسبه من حقه فلا يكون مسؤولًا قِبَل مَنْ هو ملزم برد الشيء إليه عن أي تعويض بسبب هذا الانتفاع ».

وهو ما تناولته المواد (١١٦٥) عراقي، و (٩٢٩) كويتي، و (١١٩١) مدني أردني، ونصها: « يملك الحائز حسن النية ما قبضه من الثمار والمنافع مدة حيازته ».

***

❁ (مادة ٦٤٧): بيع العين المأجورة يتوقف نفاذه على إجازة المستأجر، فإن أجازه جاز، وإن لم يجزه يبقى موقوفًا إلى أن يسقط حق المستأجر[٢].

لو باع الآجر المأجور بدون إذن المستأجر يكون البيع نافذًا بين البائع والمشتري، وإن لم يكن نافذًا في حق المستأجر، حتى إنه بعد انقضاء مدة الإجارة يلزم البيع في حق المشتري، وليس له الامتناع عن الاشتراء إلا أن يطلب المشتري تسليم المبيع من البائع قبل انقضاء مدة الإجارة، ويفسخ القاضي البيع لعدم إمكان تسليمه، وإن أجاز المستأجر البيع يكون نافذًا في حق كل منهم، ولكن لا يؤخذ المأجور من يده ما لم يصل إليه مقدار ما لم يستوفه من بدل الإجارة الذي كان أعطاه نقدًا، ولو سلم المستأجر المأجور قبل استيفائه ذلك سقط حق حبسه.

وليس للمستأجر أن يفسخ البيع بنفسه، وإن فعل فلا حكم لفسخه؛ لأن عدم نفاذه في

(١) انظر مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر : ٢/ ٤٦٩.

(٢) تتفق هذه المادة مع ما ورد في المادة (٥٩٦) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

حق المستأجر إنما هو للمحافظة على حقه، وهذا يحصل بعدم نفاذ البيع، وإعطاء المستأجر الصلاحية بالفسخ زائد عن اللزوم، فعليه إذا لم يُجِز المستأجر ذلك البيع والتسليم أو فَسَخَه، ثم عاد وأجازه كانت الإجازة جائزة، حتى إنه بعد انقضاء مدة الإجارة يلزم البيع لكونه نافذًا بين البائع والمشتري كما مرَّ.

وليس للمشتري الامتناع عن الاشتراء أي عن قبول المبيع؛ لأن البيع من العقود التي تلزم الطرفين، ما لم يطلب المشتري تسلم المبيع من البائع وقبل لزوم البيع بانقضاء مدة الإجارة، ويفسخ القاضي البيع لعدم إمكان تسليمه المبيع بسبب كونه مأجورًا؛ لأن هذا الفسخ لقطع المنازعة، وهو إلى القاضي، ولا ينقلب بعد ذلك إلى الصحة بانقضاء مدة الإجارة.

واستعمال المشتري هذا الحق أي مراجعة القاضي لفسخ البيع على قولٍ عند أبي حنيفة ومحمد مطلقًا، سواء أكان المشتري عالمًا عند الاشتراء بأن المبيع مأجور أو لا، فللمشتري أن يطلب تسليمه المبيع على هذا الوجه، ويطلب من القاضي أن يفسخ البيع عند عجز البائع عن تسليم المبيع، وعند أبي يوسف يحق للمشتري فسخ البيع إذا كان غير عالم بإيجاره، أما إذا كان عالمًا فليس له الفسخ.

يفهم من ذكر المجلة حق الفسخ بصورة مطلقة أنها قبلت قول الطرفين، كما أن ظاهر الروايات والصحيح والمفتى به هو قول الطرفين في ذلك.

فعلى ذلك إذا فسخ الحاكم البيع على الوجه المشروح، ثم ردَّ المشتري المبيع إلى المؤجر البائع بخيار البيع، فلا تعود الإجارة ما لم يكن هذا الرد بطريق الفسخ، وإذا كان هذا الرد بطريق الفسخ فلا تعود الإجارة أيضًا على قولٍ، وتعود على قولٍ آخر.

وإن أجاز المستأجر البيع يكون نافذًا في حق كلٍّ من البائع والمشتري والمستأجر، وتفسخ الإجارة، ولا تعود بعد انفساخها على هذه الصورة إذا ردَّ المشتري المبيع إلى البائع بطريق غير طريق الفسخ، بخلاف ما لو ردَّه به، ولكن لا يؤخذ المأجور من يده ما لم يصل إليه، أي يرد إليه مقدار ما لم يستوفه من بدل الإجارة الذي كان أعطاه نقدًا للآجر، ورضاء المستأجر بالبيع على هذه الصورة إنما هو رضاء بفسخ الإجارة، ولا يسقط حقه في حبس المأجور.

وعلى ذلك فللمستأجر بعد إجازته البيع أن يمسك المأجور في يده لاسترداد بدل الإجارة، ولو سلم المستأجر المأجور للمشتري قبل استيفائه ذلك البدل سقط حق حبسه، حتى إن المؤجر لو باع المأجور وسلمه بدون إذن المستأجر، ثم أجاز المستأجر البيع والتسليم، فلا يبقى له حق حبس المأجور، أما إذا أجاز البيع فقط فلا يسقط حق حبسه.

وإذا باع المؤجر الدابة المستأجرة من أحد وسلمه إياه بلا إذن المستأجر ومن دون عذر، وعطبت في يد المشتري فليس للمستأجر أن يُضَمِّنَ المشتري قيمة تلك الدابة.

وليس للمستأجر حق في بدل المأجور، أي أن المؤجر لو استبدل حانوته بحانوت آخر بجانبه، وأجاز المستأجر هذا البيع، فليس له أن يطلب إتمام مدة الإجارة في الحانوت الثاني، أما إذا بيع الرهن وأجازه المرتهن فيكون ثمن الرهن رهنًا، وعلى ذلك فلو قال المرتهن للراهن: بع الرهن من فلان وعَيَّنه له، فليس له أن يبيعه من غيره؛ إذ قد يكون الذي عَيَّنه المرتهن أغنى من الذي يريد الراهن بيع الرهن منه؛ فلذلك كان تعيين المرتهن للمشتري صحيحًا ومعتبرًا، وليس للراهن مخالفته[1].

وتتفق هذه المادة مع ما ورد في المادة (٥٩٦) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[2]، ونصها:

١ - « إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة اختيارًا أو جبرًا إلى خلف خاص، فلا يكون الإيجار نافذًا في حقه إلا إذا كان يعلم به وقت انتقال العين إليه، أو كان للإيجار تاريخ ثابت قبل التصرف الذي نقل الملكية.

٢ - ويجوز للخلف الخاص أن يتمسك بعقد الإيجار، ولو كان هذا العقد غير نافذ في حقه »[3].

***

❁ (مادة ٦٤٨): تنفسخ الإجارة بموت المؤجر أو بموت المستأجر إذا عقدها لنفسه لا لغيره بالتوكيل عنه، فإن مات الوكيل بإجارة أو استئجار فلا تبطل الإجارة بموته[4].

الأصل أن كل من وقع له عقد الإجارة إذا مات تنفسخ الإجارة بموته، ومن لم يقع العقد

---

(١) انظر شرح مجلة الأحكام العدلية المادة (٥٩٠) : ١/ ٦٧٧.

(٢) انظر المادة (٥٩٦) من المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص : ٢١٥.

(٣) هذه المادة تتفق في حكمها مع المادة (٦٠٤) من مشروع القانون المدني المصري التي تنص على أنه:

١ - « إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة اختيارًا أو جبرًا إلى شخص آخر، فلا يكون الإيجار نافذًا في حق هذا الشخص إذا لم يكن له تاريخ ثابت سابق على التصرف الذي نقل الملكية.

٢ - ومع ذلك يجوز لمن انتقلت إليه الملكية أن يتمسك بعقد الإيجار، ولو كان هذا العقد غير نافذ في حقه ».

ومع المادة (٧٨٦) من التقنين العراقي، ومع المادة (٦٠٧) من التقنين الكويتي.

(٤) جاء في تبيين الحقائق ٥/ ١٤٤ : « قال الإتقاني: وذلك لأن المؤجر إذا مات ينتقل الملك منه إلى ورثته، وعقد الإجارة اقتضى استيفاء المنافع من ملك المؤجر لا من ملك غيره، فلو بقي عقد الإجارة يلزم استيفاء المنافع من ملك الغير، وهذا =

له لا ينفسخ بموته وإن كان عاقدًا كالوكيل والوصي، وكذا المتولي في الوقف[١].

وتخالف هذه المادة ما ورد في المادة (٦٠٠) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[٢]، ونصها:

١ - « لا ينتهي الإيجار بموت المؤجر ولا بموت المستأجر.

٢ - ومع ذلك إذا مات المستأجر، جاز لورثته أن يطلبوا إنهاء العقد إذا أثبتوا أنه بسبب موت مورثهم أصبحت أعباء العقد أثقل من أن تتحملها مواردهم، وأصبح الإيجار مجاوزًا حدود حاجتهم »[٣].

***

(مادة ٦٤٩): إذا مات المؤجر وكان المستأجر قد عجَّل الأجرة لمدة لم تستوفِ المنفعة فيها، فله حبس العين المأجورة إلى استيفاء ما عجَّله، فإن مات المؤجر مديونًا وليس له ما يسد به دينه غير العين المؤجرة تباع، والمستأجر أحق بثمنها من سائر الغرماء إن كانت

= لا يجوز، وإن مات المستأجر وقد عقد الإجارة لنفسه فكل ماله من المال انتقل إلى ورثته، وعقد الإجارة اقتضى أن تستحق الأجرة من مال المستأجر لا من مال غيره، فلو بقي عقد الإجارة بعد موته تكون الأجرة مستحقة من مال لا يبطل، وهذا لا يجوز، فتعين بطلان الإجارة لعدم إمكان بقائه، بخلاف ما إذا عقد الوكيل أو الوصي أو متولي الوقف حيث لا يبطل الوقف؛ لأن المعنى الذي قلنا في العاقد لنفسه لا يجوز في العاقد لغيره ».

(١) انظر رد المحتار على الدر المختار: ٦/ ٨٧.

(٢) انظر المادة (٦٠٠) من المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص: ٢١٦، ٢١٧.

(٣) هذه المادة تقابل المادة (٦٠١) من مشروع القانون المدني المصري التي تنص على أنه:

١ - « لا ينتهي الإيجار بموت المؤجر ولا بموت المستأجر.

٢ - ومع ذلك إذا مات المستأجر، جاز لورثته أن يطلبوا إنهاء العقد إذا أثبتوا أنه بسبب موت مورثهم أصبحت أعباء العقد أثقل من أن تتحملها مواردهم، أو أصبح الإيجار مجاوزًا حدود حاجتهم، وفي هذه الحالة يجب أن تراعى مواعيد التنبيه بالإخلاء المبينة في المادة (٥٦٣)، وأن يكون طلب إنهاء العقد في مدة ستة أشهر على الأكثر من وقت موت المستأجر ».

والمادة المذكورة تتفق مع المادة (٧٠٩) من التقنين الأردني، والمادة (٦١١) من التقنين الكويتي، والمادة (٧٨٣) من التقنين العراقي التي تطابق المادة (٦٠١) من التقنين المصري الحالي.

وحكم الفقرة الأولى من المادة المقترحة يتفق مع مذاهب الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد، ففي هذه المذاهب لا ينتهي الإيجار بموت المؤجر ولا بموت المستأجر، ويخالف مذهب أبي حنيفة، ففي هذا المذهب نصت المادة (٣٣٨)من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة على أنه « تنفسخ الإجارة بموت أحد طرفيها إذا عقدها لنفسه » انظر في هذا ابن عابدين: ٥/ ٧٠، ٧١، ومجمع الأنهر: ٢/ ٤٠٠، ٤٠١.

أما حكم الفقرة الثانية من المادة المقترحة فهو تطبيق لمبدأ إنهاء الإيجار بالعذر الطارئ الذي تقرر في الفقه الإسلامي كما سبق القول.

العين في يده، فيستوفي حقه من ثمنها وما زاد للغرماء، وإن نقص للمستأجر شيء مما عجَّله يكون في الناقص أسوة الغرماء.

قال في جامع الفصولَيْن: استأجر بيتًا إجارة فاسدة وعجَّل الأجرة ولم يقبض البيت حتى مات المؤجر أو انقضت المدة، فأراد حبس البيت لأجر عَجَّله، ليس له ذلك في الجائزة ففي الفاسدة أولى، ولو مقبوضًا صحيحًا أو فاسدًا فله الحبس بأجر عَجَّله، وهو أحق بثمنه لو مات المؤجر، وهكذا فإنه إذا مات المؤجِّر وعليه ديون لغير المستأجر فبيعت الدار فالمستأجر أحق بالثمن من سائر الغرماء إن كان الثمن قدر الأجرة المعجلة، وإن زاد فالزائد للغرماء[١].

***

(مادة ٦٥٠): إذا سكن المستأجر بعد موت المؤجر يجب عليه أجر المثل إن كان المأجور معدًّا للاستغلال، وإلا فلا يجب عليه شيء، إلا إذا كان في ورثة المؤجر صغير فيجب عليه أجر مثل حصته وإن لم يطلبه، هذا إذا سكن قبل طلب الورثة الأجرة، أما لو سكن بعد طلبهم الأجرة منه يلزمه الأجر المسمى بسكناه بعده بلا فرق بين المعد للاستغلال أو غيره.

لو سكن المستأجر بعد موت المؤجر هل يلزمه أجر ذلك؟ قيل: نعم؛ لمضيه على الإجارة، وقيل: لا؛ لأن بقاء المأجور في يده بعد انتهاء العقد بموت المؤجر يجعله في حكم الغاصب الذي لا يضمن المنافع إلا في المستثنيات المعروفة لدى المتأخرين، والفتوى على أن الأجرة تلزمه؛ لثبوتها عليه بعقد الإجارة، ويده على المأجور ليست يد غاصب، ويتفق مع أصل عدم ضمان المنافع إلا بالعقد - فيما أخذ به الأحناف - عدم إيجاب الأجرة على المستأجر إذا استمر في انتفاعه بالمأجور بعد موت المؤجر لانتهاء العقد.

***

(مادة ٦٥١): تفسخ الإجارة بعذر لزوم دين على المؤجر، حيث لا مال له غير العين المؤجرة، سواء ثبت الدين ببينة أو بإقرار المؤجر، ويتوقف انفساخها على قضاء القاضي بنفاذ البيع لذلك في الصورتين[٢].

وإنما تفسخ الإجارة إن كانت قيمة المأجور تزيد عما عَجَّله المستأجر، فإن العين المؤجرة

(١) انظر رد المحتار على الدر المختار : ٦/ ٢٢.

(٢) صرح قاضيخان بأن فسخ الإجارة بعذر لزوم دين على المؤجر يتوقف على القضاء، وأن ذلك هو الصحيح، وذكر ذلك مطلقًا بلا تقييد ثبوته بالإقرار، بل علل ذلك بتعارض الضررين فيرجح القاضي أحدهما على الآخر، ولأن هذا العذر مشتبه؛ إذ يحتمل أن يكون قادرًا على قضاء الدين بدون هذا المال، فلا يتحقق العذر إلا بالقضاء كما في خيار البلوغ وغير ذلك، فتكون الإجارة بينهما على حالها، فيجب على المستأجر أجرة الدار إلى أن يفسخ القاضي العقد بينهما، فهذا يفيد=

حينئذ تباع ويعطى المستأجر حقه من ثمنها وما زاد منه للغرماء، وأما إذا كانت قيمة المأجور مثل ما عجّله المستأجر أو أقل منه فلا تفسخ الإجارة.

تنفسخ الإجارة في المذهب الحنفي - كما تقدم - بالأعذار الطارئة التي تجعل عبئًا ثقيلًا، وقد يكون العذر من جانب، المؤجر نحو أن يلحقه دين فادح لا يجد قضاءه إلا مِنْ ثمن المستأجَر من الإبل والعقار ونحو ذلك، فيحق له فسخ الإجارة إذا كان الدين ثابتًا بعد الإجارة بالبينة، أما الثابت بالإقرار فلا يحق له الفسخ به عند الصاحبين؛ لأنه متهم في هذا الإقرار، ويحق له عند الإمام؛ لأن الإنسان لا يقر بالدين على نفسه كاذبًا، وبقاء الإجارة مع لحوق الدين الفادح العاجل إضرار بالمؤجر؛ لأنه يُحْبَسُ به إلى أن يظهر حاله، ولا يجوز الجبر على تحمل ضرر غير مستحق بالعقد[1].

وكذا من استأجر دكانًا في السوق ليتجر فيه فذهب ماله، وكذا من أجر دكانًا أو دارًا ثم أفلس، ولزمته ديون لا يقدر على قضائها إلا بثمن ما أجر فسخ القاضي العقد وباعها في الديون؛ لأن في الجري على موجب العقد إلزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وهو الحبس؛ لأنه قد لا يصدق على عدم وجود مال آخر.

ويفتقر فسخ الإجارة بالعذر - ورجح بعضهم أنه لا يفتقر - إلى قضاء القاضي.

قال في الجامع الصغير: وكل ما ذكرنا أنه عذر فإن الإجارة فيه تنتقض، وهذا يدل على أنه لا يحتاج فيه إلى قضاء القاضي، ووجهه أن هذا بمنزلة العيب قبل القبض في المبيع على ما مرَّ، فينفرد العاقد بالفسخ.

ووجه الأول أنه فصل مجتهد فيه فلا بد من إلزام القاضي، ومنهم من وفّق فقال: إذا كان العذر ظاهرًا لا يحتاج إلى القضاء لظهور العذر، وإن كان غير ظاهر كالدين يحتاج إلى القضاء لخفاء العذر[2].

***

=توقف الانفساخ على القضاء، حتى في صورة ثبوت الدين بالبينة، ثم ذكر اختلافًا في كيفية القضاء في ذلك، وقدم القول بأنه يباع المأجور، فينفذ بيعه فتنفسخ الإجارة أي ضمنًا، وذكر بعده أنه يفسخ الإجارة أولًا ثم يبيع المأجور، وتقديم الأول يفيد ترجيحه البيع على اصطلاحه، ذكر ذلك في أول ص : ٣٣٧ من أوائل فصل فيما تنتقص به الإجارة، وصرح في رد المحتار من أوائل باب فسخ الإجارة عن شرح الزيادات للسرخسي أن الإجارة تنفسخ ضمن القضاء بنفاذ البيع وأنه المختار. ص : ٥٠.

(١) الموسوعة الفقهية : ١/ ٢٧٢.

(٢) انظر: فتح القدير : ٩/ ١٤٩.

البَابُ الخَامِسُ
في إجارة الأراضي



❁ **(مادة ٦٥٢): تصح إجارة الأرض للزراعة مع بيان ما يزرع فيها، أو تخيير المستأجر بأن يزرع ما بدا له فيها**[١].

تصح إجارة أرض للزراعة بتوافر الشروط اللازمة في الإجارة[٢] من أهلية العاقدين، وتحديد كل ما من شأنه أن يرفع الجهالة المفضية للمنازعة.

ذلك أنه لا بد في إجارة الأرض من بيان ما تستأجر له الأرض من الزراعة والغرس والبناء وغير ذلك، فإن لم يبين كانت الإجارة فاسدة؛ لأن منافع الأرض تختلف باختلاف البناء والغرس والزراعة، وكذا المزروع يختلف، منه ما يفسد الأرض، ومنه ما يصلحها، فكان المعقود عليه مجهولًا جهالة مفضية إلى المنازعة فلا بد من البيان[٣].

لكن لو جعل له أن ينتفع بها ما شاء وأطلق فإن الإجارة تصح، وتخص القوانين المدنية العربية الحديثة إيجار الأرض الزراعية ببعض أحكام تتفق مع طبيعتها التي تتميز بها عن عموم الإجارة.

ففي المادة (٦١٢) مدني مصري أنه إذا ذكر في عقد إيجار الأرض الزراعية أن الإيجار قد عقد لسنة أو لعدة سنوات كان المقصود من ذلك أنه قد عقد لدورة زراعة سنوية أو لعدة دورات، وهو ما جاء كذلك في المواد (٧٧٩) مدني عراقي، (٦١٨) مدني كويتي، (٧١١) مدني أردني.

***

❁ **(مادة ٦٥٣): لا تجوز إجارة الأرض إجارة منجزة وهي مشغولة بزرع لغير المستأجر، إن كان الزرع بقلًا لم يدرك أوان حصاده، وكان مزروعًا فيها بحق، فإن كان الزرع القائم بالأرض ملكًا للمستأجر جازت إجارة الأرض له. وإن كان الزرع مدركًا جازت إجارة الأرض لغير صاحبه، ويؤمر بحصاده وتسليم الأرض فارغة للمستأجر**[٤].

---

(١) يستفاد من الدر أوائل باب ما يجوز من الإجارة ص: ١٨.

(٢) جاء في رد المحتار: ٦/ ٢٩. (٣) انظر بدائع الصنائع: ٤/ ١٨٣.

(٤) يستفاد حكمها بتمامها من الدر ورد المحتار من الصفحة المذكورة، وكذا حكم المادة بعدها ص: ١٩.

شرط جواز عقد الإجارة أن يتمكن المستأجر من الانتفاع بالأرض، ويصدق هذا على إجارة الأرض؛ ولذا لو« آجرها وهي مشغولة بزرع غيره، إن كان الزرع بحق لا تجوز الإجارة، لكن لو حصده وسلمها انقلبت جائزة، ما لم يستحصد الزرع فيجوز، ويؤمر بالحصاد والتسليم[1].

وإذا أراد الرجل أن يؤاجر أرضًا له فيها زرع جازت الإجارة، بشرط أن يبيعه الزرع ثم يؤاجره الأرض؛ لتمكن المستأجر من الانتفاع بالأرض بعد الإجارة، وإذا لم يبعه الزرع لا يتمكن المستأجر من الانتفاع بها، وهي مشغولة بزرع الآخر، ولا يمكنه التسليم إلا بقلع زرعه، وفيه ضرر بيِّن عليه؛ فلهذا كان العقد فاسدًا، وعلى هذا لو كانت في الأرض أشجار أو بناء فأراد أن يؤاجرها منه ينبغي له أن يبيع الأشجار والبناء منه أولًا ثم يؤاجره الأرض[2].

وتتفق المادة (٧١٢) مدني أردني مع هذه المادة، ونصها: « لا تجوز إجارة الأرض إجارة منجزة، وهي مشغولة بزرع لآخر غير مدرك، وكان مزروعًا بحق، إلا إذا كان المستأجر هو صاحب الزرع »، وفي المادة (٧١٣) أنه: « تجوز إجارة الأرض المشغولة بالزرع، ويكلف صاحبه بقلعه وتسليمها للمستأجر:

١ - إذا كانت مزروعة بحق والزرع مدرك حين الإيجار.

٢ - إذا كانت مزروعة بغير حق سواء كان الزرع مدركًا أم لا ».

***

(مادة ٦٥٤): إذا كان الزرع القائم بالأرض مزروعًا فيها بغير حق فلا يمنع عدم إدراكه من صحة إجارة الأرض لغير صاحب الزرع، ويجبر صاحبه على قلعه ولو كان بقلًا[3].

تقدم أن إجارة الأرض وهي مشغولة بزرع الغير وكان الزرع بحق أن الإجارة المنجزة لا تجوز ما لم يستحصد[4]؛ لأنه لا يتمكن من الانتفاع بها بمقتضى هذا العقد فتفسد؛ لأنه إذا كان الزرع بحق استحق المبقاء في الأرض لو غير مدرك؛ لعدم إمكان قلعه، أما إذا كان الزرع مدركًا وأمكن استحصاده وتخلية الأرض منه فإن الإجارة تجوز، لكن لو كان الزرع في الأرض بغير حق ويلزم تفريغها منه فإنه لا يعطل الأرض، ويصح الانتفاع بها للمستأجر في الحال، وكذا لو أضيفت الإجارة إلى المستقبل وقت إدراك الزرع لتخليتها منه وتسليمها

(١) رد المحتار: ٦/ ٢٩، ٣٠. (٢) انظر المبسوط: ٣٠/ ٢٢٠.

(٣) جاء في رد المحتار ٦/ ٣٠: « وإن كان الزرع بغير حق صحت؛ لإمكان التسليم بجبره على قلعه أدرك أو لا ».

(٤) مجمع الأنهر: ٢/ ٣٧٧.

فارغة، وهذا هو مضمون المادتين (٧١١، ٧١٢) أردني المذكورتين في شرح المادة السابقة.

***

(مادة ٦٥٥): تصح إجارة الأرض المشغولة بزرع غير المستأجر إجارة مضافة إلى وقت يُحْصَد الزرع فيه، وتصير الأرض فارغة قابلة للتسليم للمستأجر في الوقت المسمى، وهذا سواء كان الزرع قائمًا بحق أو بغير حق مدركًا أو غير مدرك[١].

مقصود هذه المادة هو تصحيح الإجارة المضافة إلى وقت يتمكن فيه المستأجر من الانتفاع بالأرض، سواء بإضافة العقد إلى وقت يمكن فيه تخلية الأرض وتسليمها فارغة، أو بشراء المستأجر الزرع الموجود فيها، أو إذا كان الزرع فيها بغير حق، ولزم قلعه وتخليتها قبل الوقت الذي أضيفت إليه الإجارة، وهو ما جاء في المادة (٧١٤) مدني أردني، ونصها: « تجوز إجارة الأرض المشغولة بالزرع إجارة مضافة إلى وقت تكون الأرض فيه خالية ». ومصدر هذه المادة الفقه الحنفي[٢]، وتقابل هذه المادة (٧٩٧) مدني عراقي.

***

(مادة ٦٥٦): لمستأجر الأرض الشرب والطريق وإن لم يشترطهما في العقد[٣].

ولمستأجر الأرض الشرب والطريق؛ لأن الإجارة تنعقد للانتفاع ولا انتفاع إلا بهما، بخلاف البيع؛ لأن المقصود منه ملك الرقبة دون الانتفاع في الحال؛ ولهذا جاء بيع الأرض السبخة، ولا يدخلان فيه من غير ذكر الحقوق[٤].

وفي رد المحتار: وللمستأجر الشرب والطريق، أي وإن لم يشترطها، بخلاف البيع؛ لأن الإجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع، إلَّا بهما فيدخلان تبعًا[٥].

وقد جاء في المادة (٧١٥) مدني أردني، ونصها:

١ - « إذا استأجر شخص الأرض للزراعة شمل الإيجار جميع حقوقها، ولا تدخل الأدوات والآلات الزراعية وما لا يتصل بالأرض اتصال قرار إلا بنصٍّ في العقد.

---

(١) يستفاد من الدر ورد المحتار من باب ما يجوز من الإجارة ص: ١٩.

(٢) رد المحتار على الدر المختار: ٥/ ١٨، ١٩، و المادة (٥٢٢) من المجلة العدلية.

(٣) يستفاد من الدر من الباب قبله ص: ١٨.

(٤) تبيين الحقائق: ٥/ ١١٤.

(٥) رد المحتار: ٥/ ١٩، والمادة (٤٥٤)، الجوهرة النيرة: ١/ ٢٦٢.

٢ - فإذا تناول العقد إيجار الأدوات والآلات الزراعية وغيرها وجب على المستأجر أن يتعهدها بالصيانة، وأن يستعملها طبقًا للمألوف ».

وتقابل هذه المادة المادتين (٥٧٧، ٥٧٨) مدني سوري.

***

❁ (مادة ٦٥٧): من استأجر أرضًا سنة ليزرع فيها ما شاء فله أن يزرعها زرعين شتويًا وصيفيًا[1].

مدة إيجار الأرض الزراعية تحسب بالسنين الزراعية، والسنة الزراعية غير السنة التقويمية من حيث الابتداء والانتهاء؛ ولذا فإنه لو استأجرها سنة له أن يزرع زرعين ربيعيًا وخريفيًا[2]، فلو استأجرها في تسعة أشهر، ولا يمكن زراعتها في الشتاء جاز ما أمكن في المدة، أمّا لو لم يمكن الانتفاع بها أصلًا فإن كانت فالإجارة فاسدة[3].

وتتفق هذه المادة مع ما ورد في المادة (٦٠٦) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[4]، ونصها:

١ - « إذا استؤجرت الأرض الزراعية، نقدًا أو مزارعة، مدة سنة أو عدة سنوات، كان للمستأجر أن يزرعها دورة زراعية سنوية أو عدة دورات ».

ولا يخرج عن ذلك ما جاء في المواد (٧٩٩) عراقي، (٦١٢) مصري، (٦١٨) كويتي، (٧١٦) مدني أردني، ونصها: « من استأجر أرضًا على أن يزرعها ما شاء فله أن يزرعها في ظرف السنة صيفًا وشتاءً ».

***

❁ (مادة ٦٥٨): إذا غلب الماء على الأرض المؤجرة فاستبحرت ولم يمكن زرعها، أو انقطع الماء عنها فلم يمكن رَيُّها فلا تجب الأجرة أصلًا، وللمستأجر فسخ الإجارة[5].

تفسخ الإجارة بالأعذار التي يشق أو يستحيل معها الانتفاع بالمأجور، طبقًا للمذهب الحنفي، ولذا لو غلب عليها الماء فهذا عذر، وفي « النوازل »: لو انقطع ماؤه ثبت له حق الفسخ[6].

وفي الْوَلْوَالِجِيِّ: رجل استأجر أرضًا ليزرعها فزرعها، ولم يجد الماء ليسقيها فهلك الزرع،

---

(١) يستفاد من رد المحتار من الباب المذكور قبله ص: ١٨.

(٢) رد المحتار: ٥/ ٢٠.

(٣) تبيين الحقائق: ٥/ ١١٤.

(٤) انظر المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة (٦٠٦) ص: ٢١٧.

(٥) يستفاد من تنقيح الحامدية من أوسط الإجارة ص: ١١٣، ١١٤.

(٦) الفتاوى الهندية: ٤/ ٤٦٠.

والمسألة على وجهين: إما أن يستأجرها بشربها أو بغير شربها، ففي الوجه الأول: سقط عنه الأجر لفوات التمكن من الانتفاع، وفي الوجه الثاني: إن انقطع ماء الزرع على وجهٍ لا يرجى فله الخيار، وإن انقطع قليلًا قليلًا ويرجى منه السقي فالأجر عليه واجب، ولو سال الماء عليها حتى لا تتهيأ به الزراعة فلا أجر عليه؛ لأنه عجز عن الانتفاع بها وصار كما إذا غصبه غاصب.

وفي الخانية: رجل استأجر أرضًا فانقطع الماء قال: إن كانت الأرض تسقى من ماء الأنهار لا شيء على المستأجر، وكذا إذا كانت بماء السماء فانقطع المطر[١].

وتتفق هذه المادة مع المادة (٦١٤) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[٢]، ونصها:

« إذا لم يتمكن المستأجر من تهيئة الأرض للزراعة أو من بذرها، أو هلك البذر كله أو أكثره، وكان ذلك بسبب قوة قاهرة، برئت ذمته من الأجرة كلها أو بعضها بحسب الأحوال، ولا يجوز الاتفاق على خلاف ذلك ».

وتتفق هذه المادة كذلك مع المواد (٦١٥) مدني مصري، (٧٢٠) مدني أردني، (٦٢١) مدنى كويتي، (٨٠٠) عراقي.

***

(مادة ٦٥٩): إذا زرع الأرض المؤجرة فأصاب الزرع آفة فهلك وجب عليه من الأجرة حصة ما مضى من المدة قبل هلاك الزرع، وسقط حصة ما بقي من المدة بعد هلاكه، إلا إذا كان متمكنًا من زراعة مثل الأول أو دونه في الضرر فتجب حصة ما بقي من المدة أيضًا[٣].

هذه المادة تفريع على الأصل الذي أخذ به الأحناف في فسخ الإجارة بالعذر الطارئ، وبهذا فإنه إن زرع الأرض فأصاب الزرع آفة فهلك الزرع، أو غرقت بعد الزرع ولم ينبت، ففي إحدى روايتين عن محمد: يكون عليه الأجر كاملًا والمختار للفتوى أنه لا يكون عليه لما بقي من المدة بعد هلاك الزرع أجر، إلا إذا كان متمكنًا من أن يزرع مثل ذلك ضررًا بالأرض أو أقل ضررًا من الأول، وإن اختل الزرع ونقصت غلته كان عليه الأجر كاملًا، وإن

---

(١) انظر مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر : ٢/ ٣٩٩.
(٢) انظر المادة (٦١٤) من المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص : ٢٢٤.
(٣) يستفاد من تنقيح الحامدية من أوسط الإجارة ص: ١٣٨.

لم يسعه إذا كان لم يرفعه إلى الحاكم[١].

وقال هشام عن محمد في رجل استأجر أرضًا سنة يزرعها شيئًا ذكره، فزرعها فأصاب الزرع آفة من برد أو غيره فذهب به، وتأخر وقت زراعة ذلك النوع فلا يقدر أن يزرع قال: إن أراد أن يزرع شيئًا غيره مما ضرره على الأرض أقل من ضرره أو مثل ضرره فله ذلك، وإلا فسختُ عليه الإجارة وألزمته أجر ما مضى؛ لأنه إذا عجز عن زراعة ذلك النوع كان استيفاء الإجارة إضرارًا به[٢].

تتفق هذه المادة مع المادة (٦١٥) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[٣]، ونصها:

١ - إذا هلك الزرع كله قبل حصاده بسبب قوة قاهرة، جاز للمستأجر أن يطلب إسقاط الأجرة.

٢ - فإذا هلك بعض الزرع وترتب على هلاكه نقص كبير في ريع الأرض، كان للمستأجر أن يطلب إنقاص الأجرة.

٣ - وليس للمستأجر أن يطلب إسقاط الأجرة أو إنقاصها إذا كان قد عُوِّضَ عما أصابه من ضرر بما عاد عليه من ربح في مدة الإجارة كلها، أو بما حصل عليه من طريق التأمين، أو من أي طريق آخر.

٤ - ولا يجوز الاتفاق على ما يخالف هذه الأحكام[٤].

***

(١) الفتاوى الهندية: ٤/ ٤٢٦. (٢) انظر بدائع الصنائع: ٤/ ١٩٧.

(٣) انظر المادة (٦١٥) من المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص : ٢٢٤.

(٤) هذه المادة تتفق في فقراتها الثلاثة الأولى مع المادة (٦١٦) مدني مصري التي تنص على ما يأتي:

١- « إذا بذر المستأجر الأرض ثم هلك الزرع كله قبل حصاده بسبب قوة قاهرة، جاز للمستأجر أن يطلب إسقاط الأجرة.

٢ - أما إذا لم يهلك إلا بعض الزرع، ولكن ترتب على الهلاك نقص كبير في ريع الأرض، كان للمستأجر أن يطلب إنقاص الأجرة.

٣ - وليس للمستأجر أن يطلب إسقاط الأجرة أو إنقاصها إذا كان قد عوض عما أصابه من ضرر بما عاد عليه من أرباح في مدة الإجارة كلها، أو بما حصل عليه من طريق التأمين، أو من أي طريق آخر ».

تتفق كذلك مع المادتين (٦٢١/ ٢، ٣ و ٦٢٢) من التقنين الكويتي.

والمادتين (٨٠١ و ٨٠٢/ ١) من التقنين العراقي.

والمادتين (٧٢١ و ٧٢٢) من التقنين الأردني.

وحكمها تطبيق خاص لمبدأ الإيجار المرهق الذي يعرفه الفقه الإسلامي.

❁ (مادة ٦٦٠): إذا انقضت مدة الإجارة وكان المستأجر قد بنى في الأرض بناءً أو غرس بها أشجارًا يؤمر بهدم البناء وقلع الأشجار، إلا أن يرضى المؤجر بتركهما في الأرض بإجارة أو إعارة، فيكون البناء والشجر للمستأجر والأرض للمؤجر.

فإن تركهما بإعارة للأرض يكون لهما أن يؤجرا الأرض والبناء لثالث ويقتسما الأجرة على قيمة الأرض بلا بناء، وعلى قيمة البناء بلا أرض، فيأخذ كل منهما حصته[1].

« على المستأجر أن يرد المأجور بالحالة التي تسلمها عليها، فإذا كان أحدث فيها شيئًا جاز إلزامه بإعادة العين إلى ما كانت عليه؛ ولذا لو استأجرها ليغرس بها شجرًا، وانقضت المدة، لزمه أن يقلع الشجر ويسلم الأرض فارغة، إلا أن يختار صاحب الأرض أن يغرم قيمة ذلك مقلوعًا إن كان في قلعها ضرر فاحش، وإلا قلعها إذا كان القلع لا يضر؛ لأن تقدير المدة في الإجارة يقتضي التفريغ عند انقضائها، كما لو استأجرها للزرع »[2].

وهذا ما يتفق مع ما ورد في المادة (٥٣١) من مجلة الأحكام العدلية، والتي تنص على أنه: لو أحدث المستأجر بناء في العقار المأجور أو غرس شجرة، فالآجر مخير عند انقضاء مدة الإجارة، إن شاء قلع البناء أو الشجرة، وإن شاء أبقى ذلك وأعطى قيمته كثيرة كانت أم قليلة.

أي أنه لو أحدث المستأجر في العقار الذي استأجره على أن ينشئ فيه بناء، أو يغرس شجرة، أو نوعًا آخر مما يغرس للثمر أو للورق وليس له نهاية معلومة أوكان له نهاية بعيدة كقصب السكر، كان المؤجر عند انقضاء مدة الإجارة مخيرًا على الأوجه الثلاثة الآتية:

١ – للآجر أن يبقي الشجر، لما كان صاحب الأرض فله أن يبقيه بأجر أو بلا أجر على سبيل الإعارة؛ لأن الحق لربِّ الأرض، فإذا رضي باستمراره على ما كان بأجر أو بغير أجر كان له ذلك.

وحينئذ تجب مراعاة الشروط لبقاء الشجر، فإذا عقدت إجارة بين الطرفين كان ذلك إجارة جديدة وإلا فإعارة، والشجر للمستأجر أو المستعير، والعقار للآجر أو المعير، وفي هذه الحال إذا آجرا الأرض معًا قسمت الأجرة بينهما بنسبة قيمة كلٍّ من الأرض والبناء أو الشجر.

٢ – وله هدم البناء وقلع الشجر واستلام المأجور فارغًا وتسوية الأرض، وليس للمستأجر إبقاء البناء أو الشجر في حال عدم رضاء الآجر ببقائه؛ لأنه لما كان على المستأجر إعادة المأجور إلى الآجر عند انقضاء مدة الإجارة وتسليمه إياه فارغًا كما أخذه، فيجب عليه قلع

---

(١) يستفاد حكمها بتمامها من الدر ورد المحتار من أوائل ما يجوز من الإجارة ص: ١٩.

(٢) الموسوعة الفقهية: ١/ ٢٨٢.

ما حدث في المأجور من البناء أو الشجر إذا لم يرض الآجر ببقائه؛ لأنه لما لم يكن للشجر أو البناء نهاية معلومة فبقاؤه بأجرة أو بلا أجرة بقاء دائم مما يضر بالآجر، غير أنه إذا كان على الشجر ثمر لم يدرك أبقى الشجر في أرضه بأجر المثل إلى إدراك ثمره.

هذا هو الحكم في كلٍّ من الإجارة والعارية والغصب؛ حيث يجب فيهما القلع والتسليم فارغًا، وفي الزرع اختلف الجواب، ففي الغصب يلزم القلع على الغاصب في الحال؛ لأنه متعدٍّ في الزراعة، وفي الإجارة يترك إلى وقت الإدراك استحسانًا بأجر المثل، وفي العارية الموقتة وغير الموقتة يأخذها صاحبها إلى أن يستحصد الزرع استحسانًا؛ لأنه ما كان متعديًا في الزراعة بجهة العارية، ولإدراك الزرع نهاية معلومة فيترك، قالوا: وينبغي أن يترك بأجر المثل كما في الإجارة نظرًا للجانبين.

٣ - إذا كان هدم البناء أو قلع الشجر مضرًّا بالعقار المأجور مثلًا، فللآجر إبقاء الشجر أو البناء وإعطاء قيمته مستحقًّا للقلع يوم الخصومة إلى المستأجر، سواء أكانت قليلة أو كثيرة، وسواء أرضي المستأجر بذلك أو لم يرض، ويتملكها بالرغم عنه؛ لأنه لما كان القلع مضرًّا بالأرض فقد جعل لدفع هذا الضرر حق امتلاك المحدثات بإعطائه قيمتها دفعًا لما يلحقه من الضرر؛ لأن فيه نظرًا لهما؛ حيث أوجبنا للمؤجر تسلم الأرض بعد انقضاء مدة الإجارة، وللمستأجر قيمتهما مستحقي القلع.

وتتفق هذه المادة مع ما ورد في المادة (٥٨٧) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[١]، ونصها:

١ - « إذا أحدث المستأجر في العين المؤجرة بناءً أو غراسًا أو غير ذلك من التحسينات مما يزيد في قيمة العقار، التزم المؤجر أن يرد للمستأجر عند انقضاء الإيجار ما أنفقه في هذه التحسينات أو ما زاد في قيمة العقار، ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بغير ذلك.

٢ - فإذا كانت تلك التحسينات قد استحدثت دون علم المؤجر أو رغم معارضته، كان له أن يطلب من المستأجر إزالتها، وله أن يطلب فوق ذلك تعويضًا عن الضرر الذي يصيب العقار من هذه الإزالة.

٣ - وإذا اختار المؤجر أن يحتفظ بهذه التحسينات في مقابل ردِّ إحدى القيمتين المتقدم ذكرهما، جاز للمحكمة أن تنظره إلى أجل للوفاء بها »[٢].

---

(١) انظر المادة (٥٨٧) من المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص: ٢١٠.

(٢) هذه المادة تطابق المادة (٥٩٢) من مشروع القانون المدني المصري، و المادة (٧٧٤) من التقنين العراقي، و المادة=

❁ (مادة ٦٦١): إذا كان هدم البناء وقلع الشجر يضران بالأرض وينقصان قيمتها ومضت مدة الإجارة، فللمؤجر أن يتملكهما جبرًا على المستأجر، وتقدر قيمتهما مستحقين للقلع قائمين؛ بأن تقوم الأرض بهما مستحقي الهدم والقلع وبدونهما؛ فيضمن المؤجر ما بين القيمتين[١].

وإن كانت الأرض لا تنقض بقلعهما فلا يكون للمؤجر تملكهما بدون رضاء المستأجر، وإنما له أمر المستأجر بقلعهما من أرضه.

على المستأجر أن يرد العين عند انقضاء الإجارة فارغة كما تسلمها، فإذا كان أحدث فيها شيئًا فللمؤجر أن يطلب إزالتها، وإن كانت الإزالة تضر بالعين المؤجرة فللآجر إبقاء هذا الذي أحدثه المستأجر بقيمة مقلوعًا أو مهدومًا، فيغرم الآجر إن رضي بذلك قيمة البناء والغرس مقلوعًا، بأن تقوم الأرض بهما وبدونهما فيضمن ما بينهما، وفي القنية: استأجر أرضًا وقفًا وغرس فيها أو بنى، ثم مضت مدة الإجارة فللمستأجر أن يستبقيها بأجر المثل إذا لم يكن في ذلك ضرر، ولو أبى الموقوف عليهم إلا القلع ليس لهم ذلك.

وهذا هو ما اتجهت إليه القوانين المدنية العربية الحديثة، طبقًا لما اتضح من الإشارة إليها في شرح المادة السابقة.

***

❁ (مادة ٦٦٢): إذا مضت المدة وفي الأرض شجر عليه ثمر يبقى في يد المستأجر بأجر المثل إلى الإدراك، وإن لم يرض المؤجر[٢].

تنتهي إجارة الأرض بانتهاء مدتها، فإذا انتهت المدة قبل نضج الزرع فللمزارع إبقاء الزرع في الأرض إلى أن ينضج، وعليه أجر مثل هذه الأرض في المدة الباقية، ويتفرع على ذلك أنه « لو استأجر أرض وقف وغرس فيها ثم مضت مدة الإجارة، فللمستأجر استيفاء ثمرة ما غرس بأجر المثل إذا لم يكن في ذلك ضرر بالوقف، ولو أبى الموقوف عليهم إلا القلع ليس لهم ذلك ».

وتتفق هذه المادة مع اتجاهات القوانين المدنية العربية الحديثة التي عبَّرت عنها المادة

=(٧٠١) من التقنين الأردني، و المادة (٥٩٨) من التقنين الكويتي.

(١) يستفاد من الدر ورد المحتار، من باب ما يجوز من الإجارة: ٦/ ٣٠، ٣١، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق: ٧/ ٣٠٧.

(٢) يستفاد من رد المحتار من أوائل ما يجوز من الإجارة ص: ١٩.

(٦١٦) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[١]، ونصها:

« إذا انقضت مدة إيجار الأرض قبل أن يدرك الزرع أوان حصاده بسبب لا يدَ للمستأجر فيه، جاز للمستأجر أن يبقى بالأرض حتى يدرك الزرع ويحصده، على أن يؤدي الأجرة المناسبة ».

وهو ما عبرت عنه كذلك المادة (٦١٧) مدني مصري، ونصها: « يجوز للمستأجر، إذا لم تنضج غلة الأرض عند انتهاء الإيجار بسبب لا يدَ له فيه، أن يبقى بالعين المؤجرة حتى تنضج الغلة، على أن يؤدي الأجرة المناسبة ».

وتتفق مع المادة (٨٠٣) من التقنين العراقي، والمادة (٧١٧) من التقنين الأردني، والمادة (٦٢٤) من التقنين الكويتي.

وهذه التقنينات الثلاثة تقول بأجر المثل عن المدة الزائدة، وفقًا لما يرد في الفقه الإسلامي.

***

(مادة ٦٦٣): إذا مضت مدة الإجارة وبالأرض المستأجرة زرعُ بقلٍ لم يدرك أوان حصاده، يترك للمستأجر بأجر المثل إلى أن يدرك ويحصد[٢].

« إذا انقضت مدة الإجارة والزرع بقل فالأصل أن يؤمر المستأجر بقلع الزرع، وتسليم الأرض فارغة، لكن يَدَ المزارع يد محقة ثابتة على الأرض بالعقد فتراعى مصلحته هو الآخر، بخلاف الغاصب الذي يؤمر بالقلع في الحال، وطبقًا لذلك يخيَّر المزارع بين قلع الزرع في الحال وتركه إلى حين نضجه، وحصاده بأجر المثل عن المدة الزائدة »[٣].

وهذا ما تناولته المادة (٥٢٦) من مجلة الأحكام العدلية، والتي تنص على ما يلي: لو انقضت مدة الإجارة قبل إدراك الزرع، فللمستأجر أن يبقي الزرع في الأرض إلى إدراكه ويعطي أجرة المثل، وهذه هي الإجارة الجبرية التي قد يحكم بها القاضي في بعض الأحوال.

والأرض سواء أكانت ملكًا أو أميرية أو وقفًا سواء في الحكم؛ لأنه لما كان للزرع نهاية معلومة فمراعاتها في حق الطرفين ممكنة، أي بأخذ المؤجر أجر المثل وإبقاء زرع المستأجر إلى حين إدراكه.

---

(١) انظر المادة (٦١٦) من المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص: ٢٢٥.

(٢) يستفاد حكمها أو التي بعدها من الهندية من الباب الثامن من انعقاد الإجارة بغير لفظ من أوسطه: ٤/ ٤٢٩.

(٣) جاء في الفتاوى الهندية: ٤/ ٤٢٩.

وقد جاء في الأنقروية: تلزم الأجرة في المدة التي يبقى فيها الزرع بحساب الأجر المسمى، وليس رضاء الطرفين ولا حكم الحاكم شرطًا في ذلك، وهذا الرأي في تقدير الأجر الواجب عن المدة الزائدة بالنظر إلى الأجر المسمى ومدته أيسر وأسهل من الناحية العملية، ويوفر الإجراءات الواجب اتخاذها لتقدير أجر المثل، ولن يكون بعيدًا عنه؛ لأن الأغلب في الأجر المسمى أن يكون هو أجر المثل، ويمكن تقدير « الأجرة المناسبة » التي نصت عليها المادة (٦١٧) مدني مصري بالرجوع إلى الأجر المسمى واحتساب المدة فيهما (المدة الزائدة، المدة الأصلية) ولعل هذا أن يكون هو المعنى الذي قصده الأنقروي من رأيه المذكور.

وكذلك لو استأجر بستانًا لوقف للزراعة، وانقضت مدة الإجارة قبل إدراك الزرع بقي البستان في يد المستأجر إلى وقت إدراك الزرع، وليس للمتولي أن يطلب من المستأجر قلع مزروعاته قبل إدراكها، كما أنه ليس للمستأجر أن يطالب المتولي بقيمة ما لم ينضج من المزروعات، وذلك كزراعة الفجل والباذنجان والجزر والبصل وما إليها مما تكون له نهاية معلومة؛ لأن هذه البقول إذا أدركت قلعت ولا يبقى منها ما يظهر ثانية.

ويجبر القاضي على الإجارة كذلك فيما إذا غصب أحد سفينة آخر، وبعد أن قطع فيها مسافة وبلغ عرض البحر أدركه صاحبها، فليس له نزعها من الغاصب بل عليه أن يؤجرها منه إلى أن يخرج إلى الساحل.

***

❁ (مادة ٦٦٤): إذا مات المستأجر فانفسخت الإجارة بموته قبل انقضاء المدة، وكان في الأرض زرع لم يدرك، يترك الزرع لورثته بالأجر المسمى إلى أن يدرك ويحصد[1].

« الإجارة كما تنتقض بالأعذار تبقى بالأعذار »، ومن هذه الأعذار التي تبقى معها الإجارة جبرًا على المؤجر: لو مات المزارع قبل نضج الزرع فإن العقد يستمر بشروطه إلى حين نضج الزرع، ويقوم الورثة مقام المورث؛ لأنه إن مات المستأجر وقد عقد الإجارة لنفسه فكل ما له من المال انتقل إلى ورثته، وفي خلاصة الفتاوى عن باب إجارة الظئر: أن أحد المتعاقدين لو جُنَّ جنونًا مطبقًا لا تنفسخ الإجارة، وقال في الفتاوى الصغرى: بموت الموكل تنفسخ الإجارة، وبموت الوكيل لا، ونقل في الأجناس عن إجارة الأصل إذا آجر الأب أرض ابنه الصغير أو الوصي ومات لا تبطل الإجارة، وكذلك لا تبطل إجارة الظئر بموت والد الصبي الذي استأجرها، وتبطل بموت الصبي والمستأجرة، وقال الكرخي في

---

(١) الفتاوى الهندية : ٤/ ٤٢٩، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٥/ ١٤٤.

مختصره: وإن ماتت الظئر قبل المدة أو مات الصبي انتقضت الإجارة، وكان لها من الأجر بحسب ما مضى من المدة قبل الموت، وقال في الأجناس أيضًا: لو آجر الوقف ثم مات قبل انقضاء المدة لا تبطل الإجارة، ولم يذكر فيه القياس ولا الاستحسان، ونقله في الخلاصة عن الذخيرة ثم نقل القياس والاستحسان، فقال: القياس أن تبطل الإجارة، وبه أخذ أبو بكر الإسكاف؛ لأنه في معنى المالك؛ لأنه ليس لأحد حجره، وفي الاستحسان لا تبطل؛ لأنه آجره لغيره كالوكيل.

ويتفق هذا مع بعض اتجاهات القوانين المدنية العربية الحديثة التي عبرت عنها المادة (٧٣٤) مدني أردني، ونصها:

١ - « إذا مات صاحب الأرض والزرع لم يدرك، يستمر الزارع في العمل حتى يدرك الزرع، وليس لورثة صاحب الأرض منعه.

٢ - وإذا مات المزارع والزرع لم يدرك، قام ورثته مقامه في العمل حتى يدرك، وإن أبى صاحب الأرض ».

وتستند هذه المادة كما جاء في مذكرتها الإيضاحية إلى المواد (٥٢٦، ١٤٣٩، ١٤٤٠) من المجلة العدلية.

***



البَابُ السَّادِسُ
في إجارة الوقف

❁ (مادة ٦٦٥): للناظر ولاية إجارة الوقف، فلا يملكها الموقوف عليه إلا إذا كان متوليًا من قبل الواقف، أو مأذونًا ممن له ولاية الإجارة من ناظر أو قاضٍ[١].

لما كان للمالك إجارة ملكه كيف شاء، وناظر الوقف ليس حرًّا في إجارته، بل لا بد من أن تكون موافقة لقانون مخصوص جعل الفقهاء لإجارة الوقف مبحثًا مخصوصًا؛ ليبينوا فيه أحكامها الخاصة بها، وهؤلاء الذين يملكون إجارة الوقف، وبيَّنوا أن الذي له ولاية إجارة الوقف هو الناظر، فلا يملكها الموقوف عليه إلا إذا كان متوليًا من قبل الواقف، أو مأذونًا ممن له ولاية الإجارة من ناظر أو قاض؛ لأنه في الأول يكون وكيلًا، وفي الثاني يكون ناظرًا، وكل منهما تثبت له الولاية[٢].

جاء في تنقيح الفتاوى الحامدية: « سئل في الموقوف عليه الغلة، إذا آجر دار الوقف بدون تولية أو إذن قاض فهل تكون إجارته غير صحيحة؟

(الجواب) نعم، والموقوف عليه الغلة لا يملك الإجارة إلا بتولية أو إذن قاضٍ، ولو الوقف على رجل، على ما عليه الفتوى »[٣].

وتتفق هذه المادة مع ما أخذت به القوانين المدنية العربية الحديثة، طبقًا لما عبَّرت عنه المواد (٦٢٨) مدني مصري، (٦٣٩) مدني كويتي، والمادة (٧٤٩) مدني أردني، ونصها:

١ - « لمن يتولى إدارة الوقف ولاية إيجاره.

٢ - وإذا كانت التولية في الوقف لاثنين، فليس لأحدهما الانفراد برأيه في الإجارة دون الآخر.

---

(١) يستفاد من تنقيح الحامدية من أوسط الإجارة ضمن جواب ص : ١٤١، ومن الدر من الوقف ص : ٣٩٩، من فصل يراعى شرط الواقف الذي يملك استغلال الوقف بالإجارة الناظر، فلا يملكها الموقوف عليهم إلا بتفويض من الناظر أو القاضي، ولا يزاحم القاضي الناظر في اختصاصه بإجارة الوقف.

(٢) مباحث الوقف لمحمد زيد الإبياني ص : ١٢٩.

(٣) تنقيح الفتاوى الحامدية : ١/ ١٧٩.

٣ - وإن عُين للوقف متولٍّ ومشرفٌ فلا يستقل المتولي بالإيجار دون رأى المشرف »[١].

وقد عبرت المادة (٦٢٦) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية عن المعنى نفسه، ونصها:

١ - « للناظر ولاية إجارة الوقف.

٢ - فلا يملكها الموقوف عليه ولو انحصر فيه الاستحقاق، إلا إذا كان متوليًا من قبل الواقف، أو مأذونًا ممن له ولاية الإيجار من ناظر وقاضٍ ».

***

(مادة ٦٦٦): ولاية قبض الأجرة للناظر لا للموقوف عليه؛ إلا إن أذن له الناظر بقبضها[٢].

ولاية الإجارة للناظر كما تقدم، وهو الذي يملك قبض الأجرة، وليس للموقوف عليه أخذها من المستأجر، إلا إذا أذن له الناظر بالقبض[٣].

وقال الشيخ الإبياني: حيث إن الإجارة للناظر فهو الذي يملك قبض الأجرة، فليس للموقوف عليها أخذها من المستأجر، اللهم إلا إذا أذن له الناظر بقبضها[٤].

تتفق هذه المادة مع الاتجاهات التي أخذت بها القوانين المدنية العربية التي عبرت عنها المادة (٦٢٧) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، ونصها[٥]:

« ولاية قبض الأجرة للناظر لا للموقوف عليه، إلا إن أذن له الناظر في قبضها »[٦].

***

---

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة (٦٢٦) ص : ٢٢٩.

(٢) جاء في الخيرية من كتاب الإجارة ص : ١٠٩ (سئل) هل قبض الأجرة للمتولي المنصوب أو للمعزول فيما أجره؟ وهل إذا دفع المستأجر للمعزول يطالب به ثانيًا أم لا؟

(أجاب) نعم، قبض الأجرة للمنصوب لا للمعزول، وإن أجر المعزول على الأصح، وإذا لم يصح قبضه يطالب المستأجر بالأجرة ويرجع على المعزول بها؛ لكون أخذه منه بغير حق، ومثله في الهندية من أوائل الباب الخامس في ولاية الوقف وتصرف القيم ص : ٣٣١.

(٣) أحكام الوقف في الفقه والقانون د. محمد سراج ص : ٢٢٣.

(٤) مباحث الوقف لمحمد زيد الإبياني ص : ١٢٩.

(٥) انظر المادة (٦٢٧) من المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص : ٢٢٩.

(٦) هذه المادة تطابق المادة (٦٢٩) من مشروع القانون المدني المصري، والمادة (٦٤٠) من التقنين الكويتي، والمادة (٧٥١) من التقنين الأردني.

❁ (مادة ٦٦٧): يراعى شرط الواقف في إجارة وقفه، فإن عين الواقف مدة الإجارة اتبع شرطه، وليس للمتولي مخالفته[١].

« يراعى شرط الواقف في إجارته »[٢]، كما يراعى في غيرها، فالقاعدة أن شرط الواقف كنص الشارع، فإن عيَّن الواقف مدة إجارة وقفه، وكانت المدة التي عيَّنها يرغب الناس في استئجارها، وليس في الزيادة عليها نفع للوقف اتبع شرطهُ فليس للمتولي مخالفته[٣].

وهذا هو منصوص المادة (١٠٩١) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان ففيها: « يراعى شرط الواقف في مدة إجارة الوقف ».

وهو ما اتجهت إليه بعض القوانين المدنية العربية التي تظهر في نص المادة (٧٥٢) مدني أردني، ولفظها:

١ - « يراعى شرط الواقف في إجارة الوقف، فإن عيَّن مدة للإيجار فلا تجوز مخالفتها.

٢ - وإذا لم يوجد من يرغب في استئجاره المدة المعينة، ولم يشترط للمتولي حق التأجير بما هو أنفع للوقف، رفع الأمر إلى المحكمة لتأذن بالتأجير المدة التي تراها أصلح للوقف ».

***

❁ (مادة ٦٦٨): إذا كان لا يرغب في استئجار الوقف المدة التي عينها الواقف، وكانت إجارتها أكثر من تلك المدة أنفع للوقف وأهله، يرفع المتولي الأمر إلى القاضي ليؤجرها المدة التي يراها أصلح للوقف[٤].

إن كانت المدة التي عينها الواقف لا يرغب فيها المستأجرون، كما إذا نص على أن لا يؤجر وقفه أكثر من سنة، والناس لا يرغبون في استئجاره هذه المدة، أو كانت إجارتها أكثر من سنة أنفع للفقراء، فإنه يجوز مخالفة شرط الواقف بالرجوع إلى القاضي واستئذانه.

وقد اتجه جمهور الفقهاء إلى وجوب تحديد مدة إجارة الوقف، ولا يصح للناظر تأجيره

---

(١) يستفاد من الدر من أول فصل يراعى شرط الواقف في إجارته ص : ٣٩٨.

(٢) رد المحتار : ٤/ ٤٠٠.

(٣) مباحث الوقف لمحمد زيد الإبياني ص : ١٣٠.

(٤) يستفاد من أوسط الباب الخامس في ولاية الوقف ص : ٣٣٥ من كتاب الوقف من الهندية.
جاء في رد المحتار ٤/ ٤٠٠: « إذا شرط الواقف أن لا يؤجر أكثر من سنة، والناس لا يرغبون في استئجارها، وكانت إجارتها أكثر من سنة أنفع للفقراء، فليس للقيم أن يؤجرها أكثر من سنة، بل يرفع الأمر للقاضي حتى يؤجرها؛ لأن له ولاية النظر للفقراء والغائب والميت ».

مع إطلاق مدة الإجارة، وهذا هو الراجح في المذهب الحنفي، ويصح لهذا أن يؤجر الناظر الوقف مدة معلومة كشهر أو سنة، في حدود المدة التي عينها الواقف، إلا إذا كان الناس لا يرغبون في الإجارة هذه المدة فتجوز المخالفة بإذن القاضي.

والقاعدة أن على الناظر أن يتبع في تحديد مدة الإجارة شرط الواقف، فإنه إذا حدد مدة معينة للإجارة لم يزد الناظر عنها، لكن لو أدَّى التحديد الذي اشترطه الواقف إلى منع رغبات الناس عن التأجير لم يلتزم بشرط الواقف، ويرجع الناظر إلى القاضي لاستئذانه في الإجارة إلى المدة التي يرغب الناس فيها، وإنما جاز للقاضي مخالفة شرط الواقف؛ لأن الاشتراط يؤدي إلى بطلان أصل الوقف، وما كان كذلك من الشروط لا يوفَّى بها[١].

وقد تقدم أن المادة (٧٥٢) مدني أردني تعبر عن المعنى ذاته.

***

● (مادة ٦٦٩): إذا عيَّن الواقف المدة واشترط أن لا يؤجر أكثر منها إلا إذا كان أنفع للوقف وأهله، فللقيم أن يؤجرها المدة التي يراها خيرًا للوقف وأهله بدون إذن القاضي[٢].

الأصل اتباع شرط الواقف، إلا إذا أضر شرطه بالوقف، عينًا أو غلة، فيهمل الشرط؛ ولذا فإنه إذا اشترط ألا يؤجر وقفه أكثر من سنة اتبع شرطه، فإن استثنى الواقف بأن قال: إلا إذا كانت الزيادة أنفع للوقف وأهله ثبت للمتولي الحق في إجارته أكثر من المدة المنصوص عليها، متى كان ذلك أنفع بلا احتياج إلى رفع الأمر إلى القاضي؛ لأن عبارة الواقف تفيد التصريح له بذلك عند الاحتياج، وإن لم يستثن الواقف فليس للقيم أن يؤجرها أكثر من سنة، بل يرفع الأمر إلى القاضي حتى يؤجرها المدة التي تعود بالمنفعة على الوقف وأهله؛ لأن له ولاية النظر للفقراء والغائبين والموتى، فإنه يحفظ اللقطة ومال المفقود ومال الميت إلى أن يظهر له وارث أو وصي[٣].

***

● (مادة ٦٧٠): إذا أهمل الواقف تعيين مدة الإجارة في الوقفية، تؤجر الدار أو الحانوت سنة والأرض ثلاث سنين، إلا إذا كانت المصلحة تقتضي الزيادة في إجارة الدار أو الحانوت،

---

(١) أحكام الوقف في الفقه والقانون د. محمد سراج ص: ٢٢٣، ٢٢٤.

(٢) يستفاد حكمها وما قبلها من الإسعاف ص: ٥٣ من أوائل باب إجارة الوقف، وجاء في رد المحتار ٤/ ٤٠٠: «ولو استثنى فقال: لا تؤجر أكثر من سنة إلا إذا كان أنفع للفقراء، فللقيم ذلك إذا رآه خيرًا بلا إذن القاضي».

(٣) مباحث الوقف لمحمد زيد الإبياني ص: ١٣١.

أو النقص في إجارة الأرض[١].

إذا أهمل الواقف اشتراط مدة معينة للإجارة، فمذهب متقدمي الأحناف أنه يجوز للناظر إجارة الوقف ولو لمدة طويلة دون ضرورة، وذهب متأخرو الأحناف إلى وجوب تقييد مدة الإجارة بما لا يخاف منه على عين الوقف، والقول المعوَّل عليه في العمل لدى هؤلاء المتأخرين وجوب ألا تزيد مدة الإجارة في الدار والحانوت عن سنة، وفي الأرض الزراعية عن ثلاث سنوات، إلا إذا كانت هناك مصلحة، ولا يخشى من استطالة مدة الإجارة على العين الموقوفة، والأولى أن يرجع في الزيادة عن هذه المدة إلى القاضي[٢].

وقالوا في توجيه ذلك: إن المدة إذا طالت تؤدي إلى إبطال الوقف؛ فإن من رآه يتصرف فيه تصرف الملاك على طول الزمان يظنه مالكًا، فإذا رفع المستأجر دعوى الملكية يشهد له من رآه على هذه الحالة بها فيضيع الوقف[٣].

وهذا يتوافق مع ما ورد في مادة (١٠٩٠) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، والتي تنص أنه: « إذا لم يذكر الواقف المدة في إجارة ما وقفه، لا يزيد القيم على سنة في الدار، وعلى ثلاث سنين في الأرض، إلا إذا كانت المصلحة بخلاف ذلك ».

وتتفق هذه المادة مع اتجاهات في القوانين المدنية العربية، ففي المادة (٦٣١) من المذكرة الإيضاحية للاقتراح من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[٤] أنه:

١ - « لا يجوز للناظر بغير إذن القاضي، أن يؤجر الوقف مدة تزيد على ثلاث سنين، ولو كان ذلك بعقود مترادفة، فإذا عقدت الإجارة لمدة أطول أنقصت إلى ثلاث سنين.

٢ - ومع ذلك إذا كان الناظر هو الواقف أو المستحق الوحيد، جاز له أن يؤجر الوقف مدة

---

(١) يستفاد من الباب الثلاثين في الإجارة الطويلة من كتاب الإجارة من أوائل الباب : ٥٠١ من الهندية.
جاء في رد المحتار ٤/ ٤٠٠، ٤٠١: « فلو أهمل الواقف مدتها قيل: تطلق الزيادة، وقيل: تقيد بسنة؛ لأن المدة إذا طالت تؤدي إلى إبطال الوقف، فإن من رآه يتصرف بها تصرف الملاك على طول الزمان يظنه مالكًا، وبها أي بالسنة يفتى في الدار، وبثلاث سنين في الأرض، إلا إذا كانت المصلحة بخلاف ذلك، وهذا مما يختلف زمانًا وموضعًا ».

(٢) أحكام الوقف في الفقه والقانون ص : ٢٢٤ والمادة (١٠٩٠) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة.

(٣) مباحث الوقف لمحمد زيد الإبياني ص : ١٣١، ١٣٢.

(٤) انظر مادة (٦٣١) من المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص : ٢٣١.

تزيد على ثلاث سنين بلا حاجة إلى إذن القاضي، وهذا دون إخلال بحق الناظر الذي يخلفه في طلب إنقاص المدة إلى ثلاث سنين.

٣ - كل هذا ما لم يكن هناك نص يقضي بغيره».

فبمقتضى هذه لا يجوز للناظر إيجار الوقف لمدة تزيد على ثلاث سنين، سواء كانت العين المؤجرة من المباني أو من الأراضي الزراعية، ويستوي أن يكون ذلك بعقد واحد أو بعقود مترادفة، فإذا أجَّر الناظر الوقف لمدة تزيد على ثلاث سنين، لا يكون العقد باطلًا، ولكن تنقص مدته إلى ثلاث سنين.

ويستثنى من ذلك حالتان يجيز فيهما إيجار الوقف لمدة تزيد على ثلاث سنين:

الأولى: إذا أذن القاضي للناظر في ذلك، ويأذن القاضي إذا وجد مسوغ للإذن، كما لو كانت العين الموقوفة مخربة، ولا يجد الناظر من يصلحها ويعمرها إلا بشرط استئجارها لمدة طويلة.

والثانية: إذا كان الناظر هو الواقف أو المستحق الوحيد، حيث يجوز له أن يؤجر أعيان الوقف لمدة تزيد على ثلاث سنين بلا حاجة إلى إذن القاضي، وفي الشريعة الإسلامية يجوز للواقف أن يؤجر أعيان وقفه أكثر من ثلاث سنين، بل له أن يعيِّن مدة إجارة وقفه في كتاب الوقف. ابن عابدين في رد المحتار على الدر المختار (٣/ ٦١٤، ٦١٥) طبعة أميرية (١٢٨٦): فتوى شرعية في (٧ فبراير سنة ١٩٢٥م)، المحاماه (ص: ١٦٨).

وإذا كان ناظر الوقف هو المستحق الوحيد، ومات قبل أن ينتهي الإيجار، كان للناظر الذي يليه أن يطلب إنقاص المدة إلى ثلاث سنين؛ مراعاة لحق المستحقين التالين.

ويراعى في كل ما تقدم أحكام قانون إيجار الأماكن، وقانون الإصلاح الزراعي من حيث امتداد الإيجار بحكم القانون بعد انقضاء مدته الأصلية، والشريعة الإسلامية تفرق بين ما إذا كانت العين الموقوفة من المباني أو من الأراضي، والقول المعتمد: ألا تزيد مدة الإجارة على سنة في الدار والحانوت، وعلى ثلاث سنين في الأراضي، إلا إذا كانت المصلحة تقتضي الزيادة في إجارة الدار والحانوت، أو النقص في إجارة الأرض.

ولا يخرج عن هذا المعنى ما جاء في المادة (٦٤٦) من التقنين الكويتي، والمادة (٧٥٣) من التقنين الأردني.

***

❁ **(مادة ٦٧١): لا يجوز لغير اضطرار إجارة دار الوقف أو أرضه إجارة طويلة ولو بعقود مترادفة، فإن اضطر إلى ذلك لحاجة عمارة الوقف بأن تخرب، ولم يكن له ريع يعمر به، جاز لهذه الضرورة إجارتها بإذن القاضي مدة طويلة بقدر ما تعمر به**[١].

تهدد الإجارة الطويلة استمرار الوقف في ظروف غياب نظام للشهر العقاري؛ حيث يظن الناس ملكية المستأجر للوقف بحيازته له مدة طويلة، ولذا جرت الفتوى على إبطال الإجارة الطويلة ولو بعقود مترادفة، وذلك لتحقق المحذور فيها، وهو أن طول المدة يؤدي إلى إبطال الوقف، إلا إذا اضطر إلى ذلك لحاجة الوقف إلى تعجيل أجرة سنين مستقبلة، فيزول المحذور عند وجود هذه الضرورة[٢].

ولا فرق في عدم جواز إجارة الوقف مدة طويلة بين ما إذا كان عقد الإجارة واحدًا أو كان مشتملًا على عقود متعاقبة، بأن يقول: آجرتك الدار الفلانية سنة ١٣٢٦هـ بكذا، وسنة ١٣٢٧هـ بكذا، وسنة ١٣٢٨هـ بكذا، وهكذا إلى تمام المدة التي يريدها.

وأما القاضي فإنه يملك إجارة الوقف مدة طويلة عند الاضطرار، فإذا تخرب الوقف ولم يكن له ريع يعمر به؛ جاز له عند الضرورة إجارته مدة طويلة بقدر المصاريف التي تصرف على عمارته[٣].

وتتفق هذه المادة مع اتجاهات القوانين المدنية العربية، (٦٣٣) مدني مصري، تنص على أنه:

١ - « لا يجوز للناظر بغير إذن القاضي أن يؤجر الوقف مدة تزيد على ثلاث سنين، ولو كان ذلك بعقود مترادفة، فإذا عقدت الإجارة لمدة أطول أنقصت إلى ثلاث سنين.

٢ - ومع ذلك إذا كان الناظر هو الواقف أو المستحق الوحيد جاز له أن يؤجر الوقف مدة تزيد على ثلاث سنين، بلا حاجة إلى إذن القاضي، وهذا دون إخلال بحق الناظر الذي يخلفه في طلب إنقاص المدة إلى ثلاث سنين » ونجد هذا المعنى في المادة (٧٥٣) مدني أردني، ونصها:

---

(١) يستفاد من الدر أوائل الإجارة ورد المحتار ص : ٦، يملك القاضي تأجير الوقف مدة طويلة إذا وجدت ضرورة تدعو لذلك، كما لو تخرب الوقف وليس له ريع يعمر به فللقاضي أن يؤجره مدة طويلة، ويقبض الأجرة ويأمر بإصلاح الوقف منها لينتفع به مستأجره، ويفيد ذلك كلًّا من المستأجر والوقف والمستحقين، حيث سيعمر الوقف بهذا الطريق، ويغل غلة للمستحقين، ويستقر المستأجر المدة الطويلة التي يريدها لسكنه أو لعمله، كما لو كان الموقوف حانوتًا، وانظر رد المحتار : ٤/ ٤٠٢.

(٢) رد المحتار : ٤/ ٤٠٢.

(٣) مباحث الوقف لمحمد زيد الإبياني ص : ١٣٢.

١ - « إذا لم يحدد الواقف المدة تؤجر العقارات لمدة سنة، والأراضي لمدة ثلاث سنين على الأكثر، إلا إذا اقتضت مصلحة الوقف غير ذلك وصدر به إذن من المحكمة.

٢ - أما إذا عقدت الإجارة لمدة أطول ولو بعقود مترادفة أنقصت إلى المدة المبينة في الفقرة [١][١] ».

***

(مادة ٦٧٢): لا تصح إجارة الوقف بأقل من أجر المثل، إلا بغبن يسير، ولو كان المؤجر هو المستحق الذي له ولاية التصرف في الوقف[٢].

الأصل في إدارة الوقف والأعمال المتعلقة بإدارته من إجارة واستغلال مراعاة الأنفع للوقف والمنتفعين به، ولذا فإنه يؤجر بأجر المثل، فلا يجوز بالأقل ولو لمستحق إلا بنقصان يسير، فلا يصح ذلك إذا كان بغبن فاحش إلا من ضرورة، وفي فتاوى الحانوتي: شرط إجارة الوقف بدون أجرة المثل إذا نابته نائبة أو كان دين.

ويتفق هذا مع ما ورد في المادة (١٠٩٢) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب أبي حنيفة، ونصها: « لا تصح إجارة الوقف بأقل من أجرة المثل، إلا عن ضرورة، فلو رخصت أجرته بعد العقد لا يفسخ العقد بطلب المستأجر ».

ويتفق ذلك مع ما نص عليه عدد من القوانين المدنية العربية الحديثة؛ ففي المادة (٦٢٩) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[٣] أنه:

« لا تصح إجارة الوقف بأقل من أجر المثل، إلا بغبن يسير، ولو كان المؤجر هو المستحق الوحيد الذي له ولاية التصرف في الوقف ».

وفي المادة (٧٥٤) مدني أردني أنه:

---

(١) السند الشرعي لهذا الاتجاه أن تقييد سلطة من ليس له الإدارة في التأجير لمدة لا تزيد على ثلاث سنين مما يملكه وليُّ الأمر تحقيقًا لمصلحة شرعية معتبرة هي المحافظة على حقوق مالك العين المؤجرة، فإذا رأى من يتولى الإدارة أن المصلحة تقتضي التأجير لمدة أطول، كان عليه أن يحصل على إذن ممن يملكه.

ويلاحظ أنه في الفقه الإسلامي يرى الشافعي أن المالك ليس له أن يؤجر إلا لمدة معقولة، حددها بعض أصحابه بسنة، وحددها البعض الآخر بثلاثين سنة، والحجة في ذلك أن ما زاد على هذه المدة لا تدعو إليه الحاجة، لا سيما وأن الأسعار تتغير من زمن إلى زمن، ويتخرج على هذا التقييد بالنسبة إلى من لا يملك الإدارة من باب الأولى، راجع المغني لابن قدامة : ٥/ ٣٢٤.

(٢) يستفاد من الدر من أوائل فصل يراعى شرط الواقف من كتاب الوقف ص : ٤٠٠، ٤٠١، رد المحتار : ٤/ ٤٠٢.

(٣) انظر المادة (٦٢٩) من المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص : ١٣٠.

١ - « لا تصح إجارة الوقف بأقل من أجر المثل إلا بغبن يسير، ويُلزَم المستأجر بإتمام أجر المثل ودفع ما نقص منه عن المدة الماضية من العقد، وله الخيار في فسخه أو القبول بأجر المثل عن المدة الباقية.

٢ - ويجري تقدير أجر المثل من قبل الخبراء في الوقت الذي أبرم فيه العقد، ولا يعتد بالتغيير الطارئ أثناء المدة المعقود عليها ».

***

● (مادة ٦٧٣): إذا آجر المتولي الوقف بغبن فاحش، لا يدخل تحت التقويم نقصًا في أجر المثل فالإجارة فاسدة، ويلزم المستأجر إتمام أجر المثل ودفع ما نقص منه في المدة الماضية من حين العقد[١].

القاعدة مراعاة مصلحة الوقف والمنتفعين به، فيلزم أن تؤجر العين الموقوفة بما يساوي أجر مثلها، وتنفذ الإجارة إذا كان النقصان يسيرًا يتسامح الناس فيه عادة[٢]، ليس للناظر أن يؤجر العين الموقوفة بنقصان فاحش لا يتسامح فيه الناس في العادة، فإن فعل لم يصح العقد، وألزم المستأجر بدفع أجر المثل، وإنما لم يصح العقد مع أن الناظر هو الذي عقده؛ لأن ولايته مقيدة بالمصلحة.

ويتفق هذا مع اتجاهات القوانين المدنية العربية الحديثة، فالمادة (٦٣١) مدني مصري تنص على أنه:

١ - « لا تصح إجارة الوقف بالغبن الفاحش إلا إذا كان المؤجر هو المستحق الوحيد الذي له ولاية التصرف في الوقف، فتجوز إجارته بالغبن الفاحش في حق نفسه لا في حق من يليه من المستحقين.

٢ - إذا أجر الناظر الوقف بالغبن الفاحش فلا يكون العقد باطلًا، وإنما يطلب الناظر من المستأجر تكملة الأجرة إلى أجر المثل، وإلا فسخ العقد ».

ومقتضى قواعد الفقه أنه لا تجوز إجارة الوقف بأقل من أجر المثل، إلا بغبن يسير، أيًّا كانت صفة المؤجر، وحتى لو كان هو المستحق الوحيد الذي له ولاية التصرف في الوقف، والغبن

---

(١) يستفاد من شرح الدر أوائل فصل يراعى شرط الواقف ص : ٣٩٨ من كتاب الوقف، أحكام الوقف في الفقه والقانون ص : ٢٢٥ وانظر المادة (١٠٩٥) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة، رد المحتار : ٤/ ٤٠٧.

(٢) الدر : ٣/ ٥٥١.

الفاحش في الفقه هو ما يزيد على الخمس (أحمد إبراهيم، أحكام الوقف ص ١٣٦).

ويتفق ذلك مع المادة (٦٤٢) من التقنين الكويتي.

وهذا ما يتوافق مع ما ورد في المادة (١٠٩٥) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، والتي تنص على أنه: « إذا آجر متولي الوقف العين الموقوفة بأقل من أجر المثل، لزم المستأجر تمامه ».

* * *

❁ (مادة ٦٧٤): إذا آجر المتولي دار الوقف أو أرضه مدة معلومة فنقص أجر المثل قبل انتهائها عما كان وقت العقد، فلا ينقص شيء من الأجر المسمى، ولا يفسخ العقد[1].

يراعى في شرح هذه المادة وما بعدها أن الواجب في إجارة الوقف أن تكون الأجرة المتفق عليها عند العقد مساوية لأجر المثل، ولا عبرة بطروء الزيادة بعد ذلك، ولهذا فإنه لو آجر الناظر الوقف بأجر المثل لأجنبي منه فلا شبهة في الصحة، ولكن لو طرأت زيادة أجرة مثل الوقف لزيادة الطلب عليه، أو لتحسن في موقع أرض الوقف، كتعبيد طريق إلى جواره، فلا عبرة بهذه الزيادة، ولا يطالب المستأجر بما زاد في أجر مثله، إلا إذا كان فيها خير للوقف وللموقوف عليهم، وهو غير موجود هنا فلا يصح الفسخ[2].

وهذا ما يتوافق مع ما ورد في المادة (١٠٩٢) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، ومع بعض اتجاهات القوانين المدنية العربية الحديثة، فالفقرة الأولى من المادة (٦٣٢) مدني مصري تنص على أنه: «في إجارة الوقف تكون العبرة في تقدير أجر المثل بالوقت الذي تم فيه عقد الإيجار، ولا يعتد بالتغيير الحاصل بعد ذلك ».

والمادة (٧٥٥) مدني أردني تنص على أنه:

١ - « إذا طرأ على موقع عقار الوقف تحسن في ذاته، وأدَّى ذلك إلى زيادة الأجرة زيادة فاحشة، وليس لما أنفقه المستأجر وما أحدثه من إصلاح وتعمير دخل فيه، يخير المستأجر بين الفسخ أو قبول أجر المثل الجديد من وقت التحسن، سواء كان التأجير لحاجة التعمير أو لحاجات أخرى ».

وبهذا يختلف القانون الأردني عن المصري في الالتفات إلى إعمال منفعة الوقف مطلقًا،

---

(١) جاء في رد المحتار: ٤/ ٤٠٣: « فلو رخص أجرة بعد العقد لا يفسخ العقد للزوم الضرر » انظر أيضًا: المادة (١٠٩٢) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة.

(٢) مباحث الوقف لمحمد زيد الإبياني ص: ١٣٤.

أو إعمال شروط العقد المبرم بين الطرفين، فالقانون المصري وكثير من القوانين العربية، وكثير من الآراء الفقهية يتجهون إلى إعمال العقد الذي وقع صحيحًا مكتمل الشروط، فيلزم الطرفين، ولا يجوز لأحدهما الاستقلال بفسخه؛ رعاية لمصلحة راجحة هي استقرار التعامل بين الناس، وهذه مصلحة كلية في مواجهة مصلحة جزئية، هي رعاية مصلحة جهة الوقف، فتترجح الأولى على الثانية عند الموازنة بينهما.

ويتفق الحكم في طروء زيادة أجرة الوقف مع ما لو طرأ النقصان، لكن هذه المادة من المرشد والقانون الأردني يحكمان باستمرار لزوم عقد إجارة الوقف مع النقصان، وعدم لزومه مع طروء الزيادة، ويجب إعمال أصل واحد في الحالين جميعًا، هو لزوم العقد الذي انعقد صحيحًا مستوفيًا شروط اللزوم.

ويتفق اتجاه القانون المدني المصري مع الكويتي مادة (٦٤٣) والأردني (٧٥٤)، ومقتضى ذلك أن تقدير أجر المثل لمعرفة ما إذا كان في الأجرة غبن فاحش أو يسير إنما يكون وقت إبرام العقد لا بعده، ويراعى ذلك في شرح المادة التالية.

* * *

(مادة ٦٧٥): إذا زاد أجر[1] المثل في نفسه لكثرة الرغبات العمومية فيه، لا لتعنت في أثناء مدة الإجارة زيادة فاحشة، تعرض على المستأجر، فإن رضيها فهو أولى من غيره، ويعقد معه عقد ثان بالأجرة الثانية من حين قبولها إلى تمام مدة الإجارة، ولا يلزمه إلا المسمى عن المدة الماضية[2].

تقدم في شرح المادة السابقة أنه إذا زاد أجر المثل عن المتفق عليه في العقد، فإما

(١) الراجح في الفقه الإسلامي أن النقص الذي يطرأ على أجر المثل لا يعتد به، أما الزيادة فيعتد بها؛ مراعاة لمصلحة الوقف، ويخير المستأجر بين قبول الزيادة أو فسخ العقد.
ولكن بعض فقهاء الشريعة الإسلامية يرون عدم مراعاة الزيادة التي تطرأ على أجر المثل؛ لأننا لم نراع النقص لمصلحة المستأجر، فلا يجب أن تراعى الزيادة لمصلحة الوقف، ولأن أجر المثل إنما يعتبر وقت العقد لا بعده، ولأن المستأجر ملك المنفعة في وقت محدود وبأجر مخصوص فلا يبطل حقه، (محمد زيد، مباحث الوقف ص : ٩١، أحمد إبراهيم، أحكام الوقف والمواريث سنة (١٩٣٨م) ص : ١٣٩ هامش ١).
وهذا هو الرأي الذي يتفق مع ما أخذ به القانون المصري، خلافًا للأردني، كما تقدم.

(٢) يستفاد من أوائل فصل يراعى شرط الواقف من الدر ورد المحتار ص : ٣٩٨، ٣٩٩.
جاء في رد المحتار ٤/ ٤٠٣، ٤٠٤ : « ولو زاد أجره على أجر مثله قيل: يعقد ثانيًا به على الأصح، أي مع المستأجر الأول، والمراد أنه يجدد العقد بالأجرة الزائدة، والظاهر أن قبول المستأجر الزيادة يكفي عن تجديد العقد » انظر المادة (١٠٩٣) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة.

أن تكون الزيادة يسيرة أو فاحشة، فإن كانت يسيرة فلا يلتفت إليها فيبقى العقد إلى انتهاء المدة ولا يدفع المستأجر إلا القدر المتفق عليه في العقد، والزيادة اليسيرة: هي التي تدخل تحت تقويم المقومين، وقال بعضهم: هي ما تقدر بخمس المبلغ المتفق عليه، فلو فرضنا أن الأجرة مائة جنيه في مدة سنة، وصارت الأجرة في أثنائها مائة وعشرين جنيها كانت يسيرة، فإن زادت عن الخمس اعتبرت زيادة فاحشة، وهناك أقوال غير هذين.

وإن كانت الزيادة فاحشة، فإما أن تكون لتعنت على المستأجر لقصد الإضرار به، وإما أن تكون لكثرة الرغبات في الشيء المستأجَر، فإن كانت الزيادة للتعنت فلا يلتفت إليها، بل يبقى المأجور تحت يد المستأجر بالأجرة المتفق عليها في العقد.

وإن كانت لكثرة الرغبات، فقال بعضهم: هي والزيادة للتعنت سواء، فلا يعتد بها؛ لأن أجر المثل إنما يعتبر وقت العقد، وفي وقته كان المسمى أجر المثل، فلا يضر التغيير بعد ذلك، ولأن المستأجر ملك المنفعة في وقت محدود بأجر مخصوص، فلا يبطل حقه، ولأنه لو نقص أجر المثل لم نراع المستأجر، ولو زاد نراعي الوقف، ولا أظنهم مجيبين إلا بقولهم: يفتى بكل ما هو أنفع للوقف[1].

قال بعضهم: تعتبر الزيادة في هذه الحالة؛ لأن في اعتبارها مراعاة لمصلحة الوقف، ولا ضرر على المستأجر؛ لأننا لم نلزمه بأكثر من أجر المثل.

وهذا ما تناولته المادة (١٠٩٣) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب أبي حنيفة، والتي تنص على أنه: « إذا زاد أجر الموقوف بعد العقد على أجر مثله الذي كان وقت العقد، يجدد العقد مع المستأجر الأول بالأجرة الزائدة إذا قبلها ».

***

❁ (مادة ٦٧٦): إذا لم يقبل المستأجر الزيادة المعتبرة العارضة في أثناء مدة الإجارة يفسخ العقد ويؤجر لغيره، ما لم تكن العين المستأجرة مشغولة بزراعته، فإن كانت كذلك يتربص إلى أن يستحصد الزرع، وتضاف عليه الزيادة من وقتها إلى حصاد الزرع وفسخ العقد[2].

ينبني على حكم المادة السابقة في إيجاب الزيادة الطارئة لكثرة رغبات الناس، أن يعرض

---

(١) مباحث الوقف لمحمد زيد الإبياني ص : ١٣٥، ١٣٦.

(٢) يستفاد من رد المحتار من أوائل الفصل المذكور ص : ٣٩٩، حيث جاء في الدر المختار ٤/ ٤٠٣، ٤٠٤: « ولو زاد أجره على أجر مثله قيل: يعقد ثانيًا به على الأصح، ولو زاد أجر مثله في نفسه بلا زيادة أحد فللمتولي فسخها، به يفتى، وما لم يفسخ فله المسمى، وقيل: لا يعقد به ثانيًا كزيادة واحد تعنتًا فإنها لا تعتبر » وانظر حاشية الطحطاوي : ٢/ ٥٥٢.

المتولي الأمر على المستأجر قائلًا له: إما أن تقبل الزيادة وإما أن يفسخ العقد، فإن قبلها فبها، ويكون أحق من غيره، وإن امتنع عن قبولها، فإما أن يكون المأجور غير مشغول بملكه أو مشغولًا به، فإن كان غير مشغول به فسخ العقد ويؤجر لغيره.

وإن كان مشغولًا وكان للشاغل نهاية معلومة، كما إذا كان المأجور أرضًا وله فيها زرع لم يبلغ أوان حصاده فلا يفسخ العقد الآن، بل تترك الأرض في يده إلى أن يستحصد الزرع، وتضاف عليه الزيادة من وقتها إلى حصاد الزرع، ويفسخ العقد وتؤجر لمن يدفع أجر المثل.

وإن لم يكن للشاغل نهاية معلومة كالبناء والغرس فلا يفسخ العقد أيضًا، بل يترك المأجور في يده إلى انتهاء مدة الإجارة، ولكن تضاف عليه الزيادة من وقتها إلى انتهاء المدة[1].

* * *

(مادة ٦٧٧): إذا انقضت مدة الإجارة تؤجر بأجر المثل لمن يرغب فيها ولو كان غير المستأجر الأول، ما لم يكن للمستأجر الأول حق القرار في العين المستأجرة، فإن كان له فيها حق القرار من بناء أو غراس قائم بحق فهو أولى بالإجارة من غيره، بشرط أن يدفع أجر المثل[2].

يلزم المستأجر عند انتهاء مدة الإجارة، وكان المستأجَر على حاله وقت الإجارة، أن يسلمه إلى المتولي؛ لأن ملك المنفعة قد انقضى بانتهاء مدته، فلا يكون له حق في إبقاء المستأجَر تحت يده، اللهم إلا إذا حصل اتفاق على عقد جديد، وليس هناك مقتضٍ لتغريم أحدهما شيئًا للآخر[3].

ولا تنتهي إجارة الموقوف بوفاة الناظر؛ لأنه وكيل عن غيره فلا ترجع أحكام العقد إليه. وكذا لو كان القاضي هو الذي آجر الموقوف، وتوفي قبل انتهاء مدة الإجارة.

وإنما تنتهي الإجارة بانتهاء مدتها، ويسلم المستأجر الموقوف إلى الناظر.

وعلى سبيل التوضيح: لو استأجر أحد أرض الوقف مدة معينة كستة أشهر، لزراعتها قمحًا، وتأخر أوان حصاده عن المدة المتفق عليها، فإن الأرض تترك له إلى أن ينضج زرعه ويحصده، وما يحتاجه من مدة زائدة عن المدة المتفق عليها تترك له بأجر مثلها، ولا يجبر

---

(١) مباحث الوقف لمحمد زيد الإبياني ص: ١٣٦، ١٣٧.

(٢) يستفاد من رد المحتار ٤/ ٤٠٤: « والمستأجر الأول أولى من غيره إذا قبل الزيادة ».

(٣) مباحث الوقف لمحمد زيد الإبياني ص: ١٣٧.

على تخلية الأرض وتسليمها قبل نضوج زرعه[١].

***

❁ (مادة ٦٧٨): إذا انتهت مدة الإجارة، وكان للمستأجر بناء بناه من ماله أو شجر غرسه بماله في أرض الوقف بلا إذن الناظر، يؤمر بهدم بنائه وقلع شجره إن كان هدمه أو قلعه لا يضر بأرض الوقف، فإن أضرَّ بها فليس له هدمه ولا قلعه، ويجبر على التربص إلى أن يسقط البناء والشجر ويستخلص حقه فيأخذ أنقاضه، ولا يكون بناؤه وغرسه مانعًا من صحة إجارة الأرض لغيره.

وللناظر أن يتملكه إن أراد للوقف ولو جبرًا على صاحبه، بثمن لا يتجاوز أقل القيمتين مقلوعًا أو قائمًا[٢].

لو طلب المستأجر الهدم عند انتهاء مدة الإجارة لم يُجَبْ إلى طلبه؛ لأنه متعنت؛ إذ لا فائدة تعود عليه من ذلك، بل يلحقه الضرر بالمصاريف التي يصرفها على هدمه حتى يصيره أنقاضًا، وإن كانت الأنقاض من ماله، فإن كان الهدم لا يضر بالأرض أمر بهدمه، لتفريغ الأرض، وتسليمها إلى المتولي، وإن اتفق مع المتولي على ترك البناء وأخذ قيمته مستحق الهدم، جاز ذلك متى كانت فيه مصلحة للوقف.

وإن كان الهدم يضر، فلا يُمَكَّن منه بل يتربص إلى أن ينهدم ويأخذ الأنقاض؛ لأنه هو المضيع لماله[٣].

« حانوت وقف بنى فيه ساكنه بلا إذن متوليه جاز له هدم ما بناه، إن لم يضر رفعه، وإن ضر فهو المضيع ماله، فليتربص إلى أن يتخلص ماله من تحت البناء ثم يأخذه، ولا يكون بناؤه مانعًا من صحة الإجارة لغيره؛ إذ لا يَدَ له على ذلك البناء حيث لا يملك رفعه، ولو اصطلحوا أن يجعلوا ذلك للوقف بثمن لا يجاوز أقل القيمتين منزوعًا ومبنيًّا فيه صح، ولو لحق الآجر دين رفع الأمر إلى القاضي ليفسخ العقد، وليس للآجر أن يفسخ بنفسه »[٤].

***

❁ (مادة ٦٧٩): إذا كان المستأجر قد بنى أو غرس في أرض الوقف من ماله لنفسه بإذن ناظر الوقف، وانقضت مدة الإجارة، وأبى أن يدفع أجر المثل، وكان هدم البناء أو قلع الشجر

---

(١) أحكام الوقف في الفقه والقانون للدكتور محمد سراج ص : ٢٢٦، ٢٢٧.

(٢) يستفاد من الدر في أواخر ترجمة كتاب الإجارة ص : ١٧ معزيًّا إلى الفصولين.

(٣) مباحث الوقف لمحمد زيد الإبياني ص : ١٣٨، ١٣٩.

(٤) انظر الدر المختار : ٦/ ٢٦.

مضرًّا بالأرض، يُخيَّر الناظر بين أن يتملكه جبرًا على المستأجر بقيمته مستَحَقَّ القلع، وبين أن يتركه إلى أن يتخلص من الأرض فيأخذ المستأجر أنقاضه[١].

وإذا آجر المتولي البناء بإذن مالكه مع عرصة الوقف جاز، وينظر مقدار ما يستأجر به كل منهما، فما أصاب البناء يعطى لصاحبه، وما أصاب عرصة الوقف يعطى لناظر الوقف[٢].

القاعدة: أنه إذا انتهت الإجارة وجب على المستأجر إخلاء المأجور وتسليمه بحالته التي كان عليها حين أخذه، وعليه أن يزيل ما أحدثه في الأرض المأجورة من غرس أو مبان، جاء في الفتاوى الخيرية: (**سئل**): في أرض وقف آجرها الناظر عليها مدة سنين للغرس، وانتهت المدة والغرس باق، فما الحكم؟

(**أجاب**): يلزم المستأجر قلع الغراس وتسليم الأرض فارغة إن لم تنقص الأرض بالقلع، فإن نقصت فللناظر أن يتملك الشجر للوقف بقيمته حال كونه مقلوعًا جبرًا على صاحب الشجر، وإن كانت لا تنقص لا يتملك جبرًا، ويلزم بالقلع وتسليم الأرض للناظر، وإن تراضيا على تجديد الإجارة وإبقاء الغرس جاز.

وجاء في فتاوى ابن تيمية (٤/ ٢٨٥): (**سئل**): في رجل استأجر أرض وقف، وغرس فيها غراسًا وأثمر، ومضت مدة الإيجار، فأراد نظار الوقف قلع الغراس؛ فهل لهم ذلك؟ أو أجرة المثل؟ وهل يثاب ولي الأمر على مساعدته؟

(**الجواب**): ليس لأهل الأرض قلع الغراس؛ بل لهم المطالبة بأجرة المثل أو تملك الغراس بقيمته، أو ضمان نقصه إذا قلع، وما دام باقيًا على ملك صاحبه فله أجرة مثله، وعلى ولي الأمر منع الظالم من ظلمه[٣].

ولا يختلف حكم ما يحدثه المستأجر في الأرض الموقوفة عن غيرها؛ فإنه إذا أحدث المستأجر في العين المؤجرة بناءً أو غراسًا، أو غير ذلك مما يزيد في قيمة المأجور، فإن للآجر عند انقضاء الإجارة أن يطالب المستأجر بهدم بنائه، أو قلع غراسه، أو أن يتملك ما استحدثه بقيمته مستحق القلع أو الهدم، إن كان قلعه أو هدمه يضر بالأرض، فإن لم يكن ذلك ضارًّا بالأرض لم يكن له أن يتملكه بقيمته هذه جبرًا على المستأجر، ولا يختلف الحكم

---

(١) يستفاد من رد المحتار؛ حيث جاء ٦/ ٣١: « ولو استأجر أرض وقف وغرس فيها أو بنى، ثم مضت مدة الإجارة فللمستأجر استيفاؤها بأجر المثل، إذا لم يكن في ذلك ضرر بالوقف، ولو أبى الموقوف عليهم إلا القلع ليس لهم ذلك ».

(٢) يستفاد حكم هذه الفقرة من الدر من باب ما يجوز من الإجارة من أوائله ص: ١٩.

(٣) انظر الفتاوى الخيرية: ٢/ ١٣٢.

في أرض الوقف عن غيرها، وهذا هو ما اتجهت إليه القوانين المدنية العربية الحديثة كذلك، فيما عبرت عنه المواد (٥٩١) مدني مصري، (٧٧٤) مدني عراقي، (٧٠١) مدني أردني، (٥٩٨) مدني كويتي.

***

(مادة ٦٨٠): إذا احتاجت دار الوقف إلى العمارة، فأذن الناظر للمستأجر بعمارتها من ماله للوقف فعمرها، فله الرجوع على الناظر بما أنفقه على العمارة ليوفيه له من غلة الوقف، وإن لم يشترط الرجوع إذا كان يرجع معظم منفعة العمارة للوقف، وأما إذا كان يرجع معظم منفعتها إلى المستأجر فلا يرجع ما لم يشترط الرجوع[1].

عمارة الوقف على الوقف نفسه، ويصرف من غلته في هذه العمارة، متقدمة على الصرف للمنتفعين به؛ لوجوب المحافظة عليه، فإذا أنفق أحد على عمارة الوقف من المنتفعين أو غيرهم وشرط الحق في الرجوع فله ذلك.

جاء في الفتاوى الخيرية: (سئل): في وقف تهدم فأذن الناظر لرجل بأن يعمرها من ماله فما الحكم فيما صرفه من ماله بإذنه؟ (أجاب): اعلم أن عمارة الوقف بإذن متوليه ليرجع بما أنفق يوجب الرجوع باتفاق أصحابنا، وإذا لم يشترط الرجوع ذكر في « جامع الفصولين » في عمارة الناظر بنفسه قولين، وعمارة مأذونه كعمارته فيقع فيها الخلاف، وقد جزم في « القُنْيَة والحاوي » بالرجوع وإن لم يشترطه، إذا كان يرجع معظم العمارة إلى الوقف.

***

(مادة ٦٨١): إذا كان قد بنى المستأجر أو المستحق ما بناه في أرض الوقف بغير إذن ناظره بأنقاض الوقف، وكان البناء بحيث لو هُدِم لا يبقى لغير الأنقاض قيمة، ففي هذه الصورة يؤخذ البناء للوقف، ولا يكون للمستأجر حق الرجوع بما أنفقه على العملة ولا بأثمان المؤن[2].

إن كان للمستأجر فيه زيادة، فإن كان لزوالها نهاية معلومة كالزرع تترك الأرض في يده إلى إدراكه أوان حصاده، ويلزم بدفع أجر المثل عن المدة التي شغل فيها زرعه الأرض؛

---

(١) يستفاد من تنقيح الحامدية من الوقف ص : ٢٠٨، ورد المحتار : ٤/ ٤٤٠.

(٢) يستفاد من الخيرية من أوائل الوقف ص : ١٢٣، ومن رد المحتار : ٤/ ٤٥٥ تحت عنوان (مطلب في حكم بناء المستأجر في الوقف بلا إذن) حيث جاء أنه: « إذا بناه من ماله بلا إذن الناظر، ثم إذا لم يضر رفعه بالبناء القديم، وإن ضر فهو المضيع لماله، فليتربص إلى أن يتخلص من تحت البناء ثم يأخذه، ولا يكون بناؤه مانعًا من صحة الإجارة من غيره؛ إذ لا يَدَ له عليه حيث لا يملك رفعه، و جاز لو اصطلحوا على أن يجعله للوقف بثمن لا يجاوز أقل القيمين منزوعًا فيه أو مبنيًّا ».

لأن الزرع موضوع فيها بحق، فلو كلفناه بقلع الزرع وتسليم الأرض لتضرر، ولو تركناها في يده إلى إدراك الزرع بدون أجر لم نكن مراعين مصلحة الوقف، فحكمنا بما تقدم رعاية للجانبين.

وإن كانت الزيادة ليس لزوالها نهاية معلومة كالبناء، فإما أن تكون موضوعة بغير حق، وإما أن تكون موضوعة بحق.

فإن كان الأول بأن بنى بغير إذن الناظر، فإن كانت الأنقاض من مال الوقف، وكان لو هدم البناء لا يبقى لغير الأنقاض قيمة يؤخذ البناء للوقف، ولا يكون للمستأجر حق الرجوع بما أنفقه على العمارة، ولا بأثمان المؤن.

فلو طلب الهدم لم يُجَبْ إلى طلبه؛ لأنه متعنت؛ إذ لا فائدة تعود عليه من ذلك، بل يلحقه الضرر بالمصاريف التي يصرفها على هدمه حتى يصيره أنقاضًا[١].

***

● (مادة ٦٨٢): إذا غيَّر المستأجر معالم الوقف بأن هدمه كله أو بعضه وبناه على غير الصفة التي كان عليها، فإن كان ما غيَّره إليه أنفع لجهة الوقف يبقى ما بناه على حالته لجهة الوقف، وهو متبرع بما أنفقه، فتؤخذ منه أجرة المثل بتمامها، ولا يحتسب له شيء منها في مقابلة ما أنفقه على العمارة، وإن لم يكن أنفع للوقف وأكثر ريعًا يؤمر بهدمه وإعادة العين إلى ما كانت عليه[٢].

إذا حصل نقص؛ فإن كان بغير تعد من المستأجر فلا ضمان عليه؛ لأن المستأجَر تحت يده أمانة، فلا يضمن إلا بتعديه عليه.

وإن كان بتعديه، فإن كانت إعادته غير ممكنة، كقلع الشجر ضَمَّنَه الناظر قيمته مستحَقَّ البقاء، وإن كانت إعادته ممكنة كهدم البناء، أمر بإعادته كما كان، فلو فرضنا أنه بعدما هدم البناء أعاده فإن كان على الصفة التي كان عليها فالأمر ظاهر؛ وإن كان على غيرها فإن كان التغيير أنفع لجهة الوقف يبقى ما بناه على حالته لجهة الوقف، وهو متبرع، فلا يعطى له شيء

---

(١) مباحث الوقف لمحمد زيد الإبياني ص : ١٣٨.

(٢) يستفاد من تنقيح الحامدية من أوسط الإجارة ص : ١٣٤ و ١٤١ ومن التنقيح في الوقف ص : ٢٠٢.

وجاء في رد المحتار : ٤/ ٤٤٧ أنه إذا استأجر شخص دارًا وقفًا، ثم إنه هدمها وجعلها طاحونًا أو فرنًا أو غيره، ما يلزمه؟ (أجاب) : « ينظر القاضي إن كان ما غيَّرها إليه أنفع لجهة الوقف أخذ منه الأجرة، وبقي ما عُمِّرَ لجهة الوقف، وهو متبرع بما أنفقه في العمارة ولا يحسب له الأجرة، وإن لم يكن أنفع ولا أكثر ريعًا، ألزم بهدم ما صنع وإعادة الوقف إلى الصفة التي كان عليها بعد تعزيره ».

في مقابلة ما أنفقه على العمارة، وإن لم يكن التغيير أنفعَ لجهة الوقف يؤمر بهدمه وإعادة العين إلى ما كانت عليه، من حيث إنه ارتكب أمرًا محظورًا، فالقاضي يُعزِّره بما يراه زاجرًا له[١].

***

(مادة ٦٨٣): لا تنفسخ الإجارة بموت الناظر ولا بعزله[٢]، وتنفسخ بموت المستأجر لنفسه.

مذاهب الأئمة الثلاثة: مالك والشافعي وأحمد أن الإجارة لا تنتهي بوفاة أحد العاقدين، خلافًا لما أخذ به علماء المذهب الحنفي، فقد رأوا أن عقد الإجارة ينفسخ بموت أحد المتعاقدين، وقالوا: إن السبب في ذلك أنه لو بقي العقد بعد موت أحدهما تصير المنفعة المملوكة به، أو الأجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد من غير العاقد؛ لأنه ينتقل بالموت إلى الوارث، وذلك لا يجوز.

ولكن محل فسخ الإجارة بموت أحد المتعاقدين إذا عقدها لنفسه، فإن عقدها لغيره لم تنفسخ؛ لانعدام السبب المذكور.

وينبني على ذلك: أنه إذا مات ناظر الوقف أثناء مدة الإجارة فلا ينفسخ العقد؛ لأنه ليس عاقدًا لنفسه بل للموقوف عليهم، ومثله الوكيل والوصي.

وتنفسخ بموت المستأجر؛ لأن العقد وقع له والأجر لزم من ماله، ولو بقي العقد بعد موته لاستحقت الأجرة من مال غيره[٣].

وقد اتجهت القوانين المدنية العربية اتجاهًا يقترب من اتجاه الأئمة الثلاثة، ويختلف مع اتجاه المذهب الحنفي الذي عبَّرت عنه مادة المرشد المذكورة؛ فالمادة (٦٠١) مدني مصري تنص على أنه:

١ - « لا ينتهي الإيجار بموت المؤجر ولا بموت المستأجر.

٢ - ومع ذلك إذا مات المستأجر جاز لورثته أن يطلبوا إنهاء العقد، إذا أثبتوا أنه بسبب موت مورثهم أصبحت أعباء العقد أثقل من أن تتحملها مواردهم، أو أصبح الإيجار مجاوزًا حدود حاجتهم، وفي هذه الحالة يجب أن تراعى مواعيد التنبيه بالإخلاء المبينة في

---

(١) مباحث الوقف لمحمد زيد الإبياني ص : ١٣٩.

(٢) لا تنتهي إجارة الموقوف بوفاة الناظر؛ لأنه وكيل عن غيره فلا ترجع أحكام العقد إليه، وكذا لو كان القاضي هو الذي آجر الموقوف وتوفي قبل انتهاء مدة الإجارة، انظر أحكام الوقف في الفقه والقانون ص : ٢٢٦.

(٣) مباحث الوقف، لمحمد زيد الإبياني ص : ١٤٠، ١٤١.

المادة (٥٦٣) وأن يكون طلب إنهاء العقد في مدة ستة أشهر على الأكثر من وقت موت المستأجر »، وهذا هو ما قررته المادة (٧٠٩) مدني أردني، (٥٦٦) مدني سوري، (٦١١) مدني كويتي، (٧٨٣) مدني عراقي، ويتفق المذهب الحنفي في إنهاء عقد الإيجار بالوفاة مع مذهبهم فى النظر إلى المنافع وعدم ماليتها إلا بالعقد.

***



فصل
في الحكر والكدك والخلو

❁ **(مادة ٦٨٤): الاستحكار هو عقد إجارة يقصد به استبقاء الأرض للبناء والغراس أو لأحدهما[١].**

الاحتكار هو: عقد إجارة يقصد به استبقاء الأرض الموقوفة تحت يد شخص، يسمى محتكرًا، للبناء أو للتعلي أو للغراس، ما دام يدفع أجر المثل[٢]، وهو ما جاء في الفتاوى الخيرية.

ووجهه: إمكان رعاية الجانبين من غير ضرر وعدم الفائدة في القلع؛ إذ لو قلعت لا تؤجر بأكثر منه، وعليه فلو مات المستأجر فلورثته الاستبقاء[٣].

ومعناه: أن هذا العقد المستحدث في الفقه الإسلامي يفيد إقرار المستأجر في الأرض الموقوفة، لتمكينه من استثمارها والإنفاق فيها بما هو لازم لزراعتها أو إقامة الأبنية فيها، دون إخلال بمصالح الوقف في الوقت نفسه، الذي قد لا يتاح له مثل هذا الاستثمار في عقد الإجارة المحددة المدة، ويعدُّ هذا العقد بخصائصه المتميزة نوعًا من الانتقال عما ألفه الفقهاء من كراهية الإجارة الطويلة المدة؛ خوفًا من التعدي على أراضي الأوقاف وضياع حقوق المنتفعين به، لكن الموازنة بين احتمالات التعدي ووجوب استثمار أراضي الوقف رجحت لدى الفقهاء المتأخرين إجازة هذا النوع من الإجارة، حرصًا على تحقيق مصالح أطراف التعاقد.

***

❁ **(مادة ٦٨٥): ما يبنيه المحتكر أو يغرسه لنفسه بإذن المتولي في الأرض المحتكرة يكون ملكًا له، فيصح بيعه للشريك وغير الشريك، ووقفه، ويورث عنه[٤].**

---

(١) يستفاد هذا من رد المحتار من أواخر باب ما يجوز من الإجارة ص : ٢٠ عند قول الشارح: وبهذا تعلم مسألة الأرض المحتكرة؛ نقلًا عن الخيرية.

(٢) مباحث الوقف لمحمد زيد الإبياني ص : ١٥٦.

(٣) انظر رد المحتار : ٦/ ٣٢.

(٤) يستفاد من الدر من أواخر كتاب الوقف قبيل فصل يراعى شرط الواقف ص : ٣٩١ من الإسعاف في أواخر باب ما يجوز وقفه ص : ١٨.اهـ.

البناء الذي يبنيه المحتكر، والغراس الذي يغرسه بإذن القاضي أو الناظر في الأرض المحتكرة يكون ملكًا خالصًا له، فيصح بيعه للشريك وغيره، وله هبته، والوصية به، ويورث عنه[١].

وسئل ابن نجيم عن البناء والغراس في الأرض المحتكرة، هل يجوز بيعه ووقفه؟ وهل يجوز وقف العين المرهونة أو المستأجرة؟ فأجاب: نعم[٢].

وحكم هذه المادة تفريع على ما ذكر في شرح المادة السابقة، ومبناه: الاستجابة للمصالح المتغيرة في المجتمع، وقد يدل هذا الحكم على نوع تطور في تسجيل أراضي الأوقاف، وإقامة نظام للتسجيل والإثبات لدى المحاكم، يسمح بالتفريق بين ملكية الأراضي والمنشآت والأشجار القائمة عليها.

* * *

❁ (مادة ٦٨٦): لا يكلف المحتكر برفع بنائه ولا قلع غراسه وهو يدفع أجر المثل المقرر على ساحة الأرض خاليةً من البناء والغراس[٣].

الأرض المحتكرة إذا امتنع المحتكر من دفع أجرة المثل يؤمر برفع بنائه وتؤجر لغيره، لكنه لا يكلف برفع بنائه؛ ولا يقلع غرسه ما دام يقوم بدفع ما عليه من أجرة لا تقل عن أجرة المثل[٤].

وهذه المادة تكرار للمادة السابقة وتأكيد لها، وهو معنى إقرار المحتكر في الأرض الموقوفة، فلا يعني هذا الإقرار إضاعة حقوق الوقف في أجرة المثل، لساحة الأرض خالية من البناء والغراس الذي يملكه المحتكر.

* * *

❁ (مادة ٦٨٧): إذا زاد أجر مثل الأرض المحتكرة بسبب بناء المستحكر أو غراسه، فلا تلزمه الزيادة، فإن زاد أجر المثل في نفسه زيادة فاحشة لزمته الزيادة، فإن امتنع من قبولها أُمِرَ برفع البناء والغراس، وتؤجر لغيره بالأجرة الزائدة[٥].

---

(١) الموسوعة الفقهية: ١٨/ ٦٣.
(٢) الدر المختار: ٤/ ٣٩٠، ٣٩١.
(٣) يستفاد من تنقيح الحامدية من أوسط الإجارة ص: ١٣٢، ١٣٣، ومن الإسعاف في أواخر باب ما يجوز وقفه ص: ١٨ المذكورة قبله نقلًا عن الخصاف.أهـ.
(٤) رد المحتار: ٦/ ٢١٨.
(٥) يستفاد من الدر وحاشية رد المحتار من أواخر ترجمة كتاب الوقف ص: ٣٩١.

« إن مستأجر أرض الوقف إذا بنى فيها ثم زادت أجرة المثل زيادة فاحشة، فإما أن تكون الزيادة بسبب العمارة والبناء، أو بسبب زيادة أجرة الأرض في نفسها، ففي الأول: لا تلزمه الزيادة؛ لأنها أجرة عمارته وبنائه، وهذا لو كانت العمارة ملكه، أما لو كانت للوقف، كما لو بنى بأمر الناظر ليرجع على الوقف تلزمه الزيادة، ولهذا قُيِّدَ بالمحتكرة، وفي الثاني: تلزمه الزيادة أيضًا، وتؤجر لغيره؛ لأن النقصان عن أجر المثل لا يجوز من غير ضرورة »[١]؛ رعاية لمصلحة الوقف والمنتفعين كما تقدم.

***

❁ (مادة ٦٨٨): يثبت للمستحكر حق القرار في الأرض المحتكرة، ببناء الأساس فيها أو بغرس شجرة بها، ويُلْزَم بأجر مثل الأرض ما دام أُسُّ بنائه وغراسه قائمًا فيها، ولا تنزع منه حيث يدفع أجر المثل[٢].

متى بنى المحتكر أو غرس في الأرض المحتكرة ثبت له حق القرار فيها، فلا تنزع من يده ما دام يدفع أجر المثل، وذلك إن استمر أجر المثل على حاله، بأن لم يزد عن الوقت الذي أخذها فيه[٣].

وقد سئل ابن نجيم في: أرض جارية في وقف أهلي، مشغولة ببناء طاحونة جارية في ملك جماعة معلومين، وعلى الأرض مبلغ من الدراهم معلوم يؤخذ لجهة الوقف بطريق الحكر عن الأرض، وهو أجر مثلها، ثم امتنع الجماعة من دفع ذلك لجهة الوقف بدون وجه شرعي؛ متعللين بأن البناء خرب، والحال أن أساسه باق في الأرض، وهي مشغولة به، فهل عليهم أجر مثل الأرض لجهة الوقف ما دام أس بنائهم قائمًا فيها؟ (الجواب) نعم[٤].
ولا تضيف هذه المادة جديدًا إلى سابقاتها، سوى تحديد السبب الموجب لحق القرار في الأرض المحتكرة.

***

❁ (مادة ٦٨٩): إذا مات المستحكر قبل أن يبني أو يغرس في الأرض المحتكرة انفسخت الإجارة، وليس لورثته البناء أو الغراس فيها بدون إذن الناظر[٥].

---

(١) جاء في رد المحتار: ٤/ ٣٩١، ٣٩٢.

(٢) يستفاد من تنقيح الحامدية من الإجارة قبل كتاب الإكراه بسبع ورقات ص: ١٥١.

(٣) مباحث الوقف لمحمد زيد الإبياني ص: ١٥٧.

(٤) انظر تنقيح الفتاوى الحامدية: ٢/ ١٣١.

(٥) يستفاد من تنقيح الحامدية في المحل والصفحة المذكورين قبله.

تقدم في المادة (٦٨٨) أن المحتكر يثبت له حق القرار ببناء الأرض أو الغرس فيها طبقًا لما هو متفق عليه، أما إذا لم يعمل فإن حقه لم يستقر، وينتهي هذا الحق لذلك بموته، فتنفسخ الإجارة، ولا ينتقل هذا الحق إلى الورثة إلا بإذن مستأنف واتفاق جديد بينهم وبين الناظر.

وقد سئل ابن نجيم في: رجل استأجر واستحكر قطعة أرض وقف سليخة من ناظر الوقف؛ للبناء والتعلي مدة طويلة معلومة محكومًا بصحتها من حاكم يراها، ثم مات المستأجر في أثناء المدة قبل أن يبني شيئًا، فهل انفسخت الإجارة بموته، وليس للورثة البناء في الأرض بدون إذن الناظر؟ (الجواب) نعم[1].

***

(مادة ٦٩٠): يطلق الكدك على الأعيان المملوكة للمستأجر المتصلة بالحانوت؛ على وجه القرار، كالبناء أولًا على وجه القرار، أو كآلات الصناعة المركبة به[2]، ويطلق أيضًا على الكردار في الأراضي، كالبناء والغراس فيها[3].

« الكردار: أن يُحْدِثَ المزارع في الأرض بناءً أو غرسًا أو كبسًا بالتراب »[4].

الجدك أو الكدك هو نوع من الكردار يطلق على ما يوضع في الحوانيت على وجه القرار، مما لا ينقل ولا يحول، كالبناء والأغلاق ونحو ذلك، ويسمى سكنى[5].

وهذا الكردار يوجد في زماننا أيضًا في الحوانيت ويسمى جدكًا، وهو ما يبنيه المستأجر أو يقيمه في الحانوت من ماله لنفسه، وما يضعه فيها من آلات الصناعة ونحو ذلك من الأعيان القائمة فيها بإذن المتولين له بذلك، أو لمن باعه ذلك، ويثبت له بذلك حق القرار ما دام يدفع أجرة مثل الحانوت خالية عن جدكه، وقد ذكر في الظهيرية في أواخر كتاب الدعاوى والبينات أنواع الكردارات من كردار الحمام، وكردار العطار، وكردار الكرم، وكردار كذا وكذا، وبيان كيفية كتابتها في صك البيع، وقد يخص الجدك بما يثبت في الحانوت على وجه القرار مما لا ينقل ولا يحول، كالبناء والأغلاق ونحو ذلك، وهذا يسميه الفقهاء سكنى[6].

***

---

(١) انظر تنقيح الفتاوى الحامدية : ٢/ ١٣١.

(٢) أكثر ما يطلق على ما يضعه في الحانوت مستأجر من الأعيان المملوكة المتصلة بمبنى الحانوت اتصال قرار، أي « وضع لا يفصل » كالبناء.

(٣) يستفاد من رد المحتار أواخر ترجمة كتاب الوقف ص : ٣٩١.

(٤) رد المحتار : ٤/ ٣٩١.

(٥) كتاب الوقف أحمد إبراهيم بك ص : ١٥٦.

(٦) تنقيح الفتاوى الحامدية : ٢/ ١٩٩.

❁ **(مادة ٦٩١): الكدك المتصل بالأرض بناءً وغراسًا، أو تركيبًا على وجه القرار هو أموال مُتقوِّمة تباع وتورث، ولأصحابها حق القرار، ولهم استبقاؤها بأجر المثل**[١].

لصاحب الكدك استبقاء حانوت الوقف بأجر المثل، حيث لا ضرر على الوقف، كما هو الشأن في البناء والغراس في الأرض المحتكرة، فإن كان الحانوت ملكًا، فليس لصاحب الكدك هذا الحق، وذلك لأن المِلْكَ قد يمتنع صاحبه عن إيجاره، ويريد أن يسكن بنفسه أو يبيعه أو يعطله، وإنما نشأ هذا الفرق للرغبة في زيادة الطلب على أرض الوقف لإيجارها واستثمارها بوسائل الاستثمار المختلفة، حتى لا تتعطل عن الإدرار على الموقوف عليهم.

والمراد بأجرة المثل أن ينظر بكم يستأجر إذا كان خاليًا من ذلك الكدك، بلا زيادة ضرر ولا زيادة رغبة من شخص خاص، بل العبرة للأجرة التي يرضاها الأكثر[٢].

وإنما يثبت لصاحب الكدك حق القرار بسبب ما ينشئه في مبنى الوقف من بناء أو نحوه متصل اتصال قرار، قال ابن عابدين في تنقيح الفتاوى الحامدية: يثبت له (أي لصاحب الكدك) حق القرار ما دام يدفع أجرة مثل الحانوت خالية عن جدكه، وقال في موضع آخر: إذا كان هذا الجدك المسمى بالسكنى قائمًا في أرض وقف، فهو من قبيل مسألة البناء أو الغرس في الأرض المحتكرة، لصاحبه الاستبقاء بأجرة مثل الأرض؛ حيث لا ضرر على الوقف وإن أبى الناظر؛ نظرًا للجانبين[٣].

***

❁ **(مادة ٦٩٢): الخلو المتعارف في الحوانيت هو أن يجعل الواقف أو المتولي أو المالك على الحانوت قدرًا معينًا من الدراهم، يؤخذ من الساكن، ويعطيه به تمسكًا شرعيًّا، فلا يملك صاحب الحانوت بعد ذلك إخراج الساكن الذي ثبت له الخلو، ولا إجارة الحانوت لغيره ما لم يدفع له المبلغ المرقوم**[٤].

الخلو لغة: مصدر خلا، يقال: خلا المكان أو الإناء خلوًّا وخَلَاءً: إذا فرغ مما به، وخلا المكان من أهله وعن أهله، وخلا فلان من العيب: برئ منه، وخلا بصاحبه خَلْوًا وخَلْوَة وخُلوًّا وخلاء: انفرد به في خلوة، وأخلى له الشيء: فرغ له عنه، وأخلى المكان

---

(١) يستفاد من الدر ورد المحتار من المحل والصفحة المذكورين قبله: «يثبت لصاحب الكدك حق القرار؛ بسبب ما ينشئه في مبنى الوقف من بناء أو نحوه متصل اتصال قرار ».

(٢) كتاب الوقف أحمد إبراهيم بك ص : ١٥٦.

(٣) تنقيح الفتاوى الحامدية : ٢/ ١٩٩، ٢٠٠.

(٤) يستفاد من أوسط وقف الخيرية ص : ١٦٤.

والإناء وغيرهما: جعله خاليًا[١].

والخلو في الاصطلاح يكون بمعنيين: الأول: الخلو بمعنى الانفراد، يقال: خلوت بنفسي أو خلوت بفلان، والخلو أيضًا: الانفراد بالزوجة، بأن يغلق الرجل الباب على زوجته وينفرد بها، وأكثر ما يسمى هذا النوع خلوة.

والثاني: وليس معروفًا في كتب اللغة، ولكن يوجد بهذا المعنى في كتب متأخري الفقهاء، فإنهم يستعملونه بمعنى المنفعة التي يملكها المستأجر لعقار الوقف مقابل مال يدفعه إلى الناظر؛ لتعمير الوقف إذا لم يوجد ما يعمر به، على أن يكون له جزء من منفعة الوقف معلوم بالنسبة، كنصف أو ثلث، ويؤدي الأجرة لحظ المستحقين عن الجزء الباقي من المنفعة، وينشأ ذلك بطرق مختلفة سيأتي بيان بعضها.

وعرَّفه الزرقاني بتعريف أعم فقال: هو اسم لما يملكه دافع الدراهم من المنفعة التي دفع في مقابلتها الدراهم[٢].

وأطلق الخلو أيضًا على حق مستأجر الأرض الأميرية في التمسك بها، إن كان له فيها أثر من غراس أو بناء أو كبس بالتراب، على أن يؤدي ما عليها من الحقوق لبيت المال، وهذا النوع الثاني سماه بعض متأخري المالكية خلوًّا، وفي أكثر كلام الشيخ عليش قال: هو ملحق بالخلو، وقال في موضع: يكون خلوًّا، ووقع في بعض كلامه إطلاق الخلو على نفس البناء والغرس ونحوهما، الذي يقيمه من بيده عمار وقف أو أرض أميرية[٣].

وتدل المادة على أن دافع الخلو يستحق في مقابله ما يسمى « تمسكًا شرعيًا »، ومفاد هذا التطور أن حق « التمسك الشرعي » أصبح من الحقوق المالية المتقومة التي يجوز الاعتياض عنها وبذل المال فيها.

***

(مادة ٦٩٣): المُرْصَد هو دين مستقر على جهة الوقف للمستأجر الذي عَمَّرَ من ماله عمارة ضرورية في مستغل من مستغلات الوقف للوقف، بإذن ناظره، عند عدم مال حاصل في الوقف، وعدم من يستأجره بأجرة معجلة يمكن تعميره منها[٤].

---

(١) المعجم الوسيط.

(٢) الزرقاني: ٦/ ١٢٧.

(٣) ابن عابدين: ٤/ ٥٥٤، الفتاوى الهندية: ٥/ ٦١، الفتاوى الخيرية: ٢/ ١٩٨، فتح العلي المالك: ٢/ ٢٤٣، ٢٤٥، ٢٤٦، ٢٤٧، قانون العدل والإنصاف لقدري باشا، المادة (٣٦٠، ٣٦١).

(٤) يستفاد من تنقيح الحامدية من كتاب الوقف من أوسطه ص: ٢٢١.

المُرصَد: هو أن يستأجر رجل عقار الوقف من دار أو حانوت مثلًا، ويأذن له المتولي بعمارته أو مرمّته الضرورية من ماله، عند عدم مال حاصل في الوقف، وعدم من يستأجره بأجرة معجلة يمكن تعميره أو مرمّته بها، فيعمره المستأجر من ماله على قصد الرجوع بذلك من مال الوقف عند حصوله؛ أو اقتطاعهُ من الأجر[1].

ويدل إثبات المتأخرين لهذا المفهوم على إقرارهم هذه الصيغة الجديدة لعمارة الوقف واستثماره، دون إخلال بالمصلحة المقصودة منه، ويدل استقلال هذا الدين باصطلاح خاص: «مُرْصَد» على تميزه من غيرها من الديون، فهو دين على جهة الوقف التي تتمتع بهذا الاعتبار بشخصية قانونية، حتى يثبت تعلق الدين بها.

***

❁ (مادة ٦٩٤): لا يجوز لصاحب المرصد أن يبيعه، ولا يبيع البناء الذي بناه للوقف، وإنما له مطالبة المتولي بالدين الذي له إن لم يرد استقطاعه من أصل أجر المثل.

العمارة المقامة بالدين المرصد، طبقًا لطبيعته التي اتفق الطرفان عليها ليست ملكًا للمستأجر بل هي وقف، فلا يبيعها المستأجر المستحق لذلك الدين؛ لأنها وقف، ولكن إذا أراد المستأجر الخروج من الدكان يجوز له قبض دينه من المستأجر الجديد، ويصير ذلك له كما كان للمستأجر السابق[2] فصاحب المرصد هو أولى بالانتفاع بالوقف حتى يستوفي دينه إما من الوقف أو من مستأجر آخر يحل محله ويعطيه دينه بإذن الناظر، وبذلك يصير المستأجر الثاني هو الدائن للوقف.

وبهذا يتضح أن الوقف قد أصبح مالكًا للمرصد مقابل تحمله الدين المستحق للمستأجر، ولذا لا يجوز بيع المرصد؛ لأنه مما تملكه الوقف نظير الدين، وللمستأجر استيفاء دينه من الوقف أو ممن يحل محله، ولكن بإذن الناظر على الوقف أو المتولي؛ حرصًا على مصلحة الوقف كذلك.

***

❁ (مادة ٦٩٥): يجوز لصاحب المرصد ولورثته حبس العين المأجورة إلى حين استيفاء المرصد، فإذا مات المتولي الذي أذن بالعمارة، فلصاحب المرصد وورثته الرجوع على تركة المتولي بما يكون مستحقًّا لهم من المرصد، وتطالب ورثة المتولي المتوفى مَنْ خَلَفَه في

(١، ٢) تنقيح الفتاوى الحامدية : ٢/ ٢٠٠.

نظارة الوقف؛ لأجل أداء المرصد من غلة الوقف[١].

جاء في تنقيح الفتاوى الحامدية: سئل ابن نجيم فيما إذا كان لزيد مبلغ معلوم من الدراهم مرصد له على دار وقف ثابت له بوجهه الشرعي، ثم مات زيد قبل استيفاء مرصده، وتريد ورثته حبس المأجور لاستيفاء رصده، ولم يكن للوقف غلة ولا جهة سوى الدار المزبورة، فهل لهم بعد ذلك تعمير عمارتها الضرورية بإذن ناظرها؟ الجواب: نعم[٢].

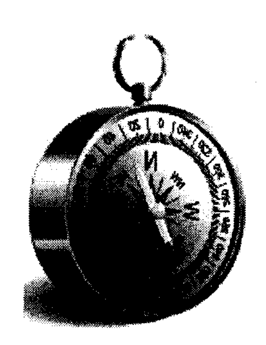
ولا يتعارض ما جاء في هذه المادة من إثبات حق ورثة صاحب المرصد في الرجوع على المتولي، أو تركته بالدين مع التكييف السابق المتعلق بوجود شخصية قانونية للوقف؛ لأن المتولي أو الناظر يكون مسؤولًا عن الدين بصفته كفيلًا لا أصيلًا، ومن الطبيعي أن توجد هذه الشخصية الطبيعية التي تلتحق بها الحقوق في النهاية في المراحل الأولى لتطور مفهوم الشخصية القانونية.

***

(١) يستفاد من تنقيح الحامدية من أوسط كتاب الوقف ص: ٢٢٢، وحكم تمام المادة من أوسط كتاب الوقف في الخيرية ص: ١٢١.

(٢) تنقيح الفتاوى الحامدية: ١/ ١٩١.

كتاب المزارعة والمساقاة



الفَصْلُ الأوَّلُ

في المزارعة

❁ (مادة ٦٩٦): المزارعة هي معاقدة على الزرع بين صاحب الأرض وبين المزارع، فيقسم الحاصل بينهما بالحصص التي يتفقان عليها وقت العقد[1].

المزارعة في اللغة: من زرع الحبَّ زرعًا وزراعة: بذره، والأرضَ: حرثها للزراعة، وزرع اللَّه الحرث: أنبته وأنماه، وزارعه مزارعة: عامله بالمزارعة، و« هي عقد على الزرع ببعض الخارج » في معناها الاصطلاحي.

وتسمى المخابرة والمحاقلة، ويسميها أهل العراق: القراح، وهي فاسدة عند الإمام؛ لأن النبي ﷺ نهى عن المخابرة بالثلث والربع، والمخابرة هي المزارعة على لغة أهل المدينة، وهي عنده كقفيز الطحان؛ لأنها استئجار ببعض ما يخرج من عمل المستأجر، فتكون بمعناه، وقد نهى النبي ﷺ عن ذلك، وعندهما تصح؛ لأنه ﷺ عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر وزرع؛ لأن الحاجة ماسة إليها؛ لأن صاحب الأرض قد لا يقدر على العمل بنفسه ولا يجد ما يستأجر به، والقادر على العمل لا يجد أرضًا ولا ما يعمل فيه، فدعت الحاجة إلى جوازها؛ دفعًا للحاجة كالمضاربة، والفتوى على قولهما؛ لتعامل الناس بها، وعلى قولهما فرَّع الإمام ما فرَّعه من مسائل في المزارعة، وحكمها في الحال ملك المنفعة، وفي المآل الشركة في الخارج.

وقد نصت المادة (١٤٣١) من المجلة على أن « المزارعة نوع شركة على كون الأرض من طرف والعمل من طرف آخر، يعني أن الأراضي تزرع والحاصلات تقسم بينهما »، ونصت المادة (١٤٣٥) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة على أنه « يشترط حين العقد تعيين حصة الفلاح جزءًا شائعًا من الحاصلات كالنصف والثلث، وإن لم تعين حصته أو تعينت على إعطاء شيء من غير الحاصل، أو على مقدار كذا من الحاصلات فالمزارعة غير صحيحة »[2].

---

(١) يفهم من الدر ورد المحتار من أول المزارعة ص : ١٧٤، ١٧٥.

وانظر في تعريفها: الاختيار شرح المختار المسمى بالاختيار لتعليل المختار : ٢/ ١٣٧، بدائع الصنائع، نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار : ٩/ ٤٦٢، البناية في شرح الهداية : ٨/ ٦٩٩، الفتاوى الهندية : ٥/ ٢٣٥، تبيين الحقائق : ٥/ ٢٧٨، حاشية الطحطاوي : ٤/ ١٤١، الموسوعة الفقهية : ٣٧/ ٤٩.

(٢) الدر المختار : ٦/ ٢٧٩، مجمع الأنهر : ٢/ ٤٢٨.

ونصت المادة (٦١٨) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[١] على أنه: « يجوز أن تعطى الأرض الزراعية، والأرض المغروسة بالأشجار، والحدائق مزارعة للمستأجر في مقابل أخذ المؤجر نسبة معينة من المحصول »[٢].

***

(مادة ٦٩٧): يشترط لصحة المزارعة أن يكون العاقدان عاقلين، وأن تكون الأرض صالحة للزراعة لا سبخة ولا نزة، وأن يذكر رب البذر ولو دلالة، سواء كان هو صاحب الأرض أو العامل، وأن تسلم الأرض للزراعة فارغة من الزرع ولو كان البذر من رب الأرض[٣].

تثبت أهلية العاقدين بكونهما حُرَّيْن بَالِغَيْن أو مأذونين؛ لأنه لا يصح عقد بدون الأهلية كما في « الهداية »، فلا تختص به فتركه أولى، ويشترط كذلك: صلاحية الأرض للزرع، فلو سبخة أو نزة لا تجوز؛ لأن المقصود وهو الريع لا يحصل بدون كونها صالحة للزراعة، ولو لم تصلح وقت العقد بعارض على شرف الزوال، كانقطاع الماء أو تغطيتها بالثلوج زمن الشتاء ونحوه تجوز.

ويلزم كذلك تعيين رب البذر، ولو دلالة بأن قال: دفعتها إليك لتزرعها لي، أو أجرتك إياها، أو استأجرتك لتعمل فيها، فإنَّ فيه بيانَ أن البذر من قبل رب الأرض، ولو قال: لتزرعها بنفسك ففيه بيان أن البذر من العامل، وإن لم يكن شيء من ذلك، قال أبو بكر البلخي: يحكم العرف في ذلك إن اتحد وإلا فسدت؛ لأن البذر إذا كان من رب الأرض فهو مستأجر للعامل، أو من العامل فهو مستأجر للأرض، وعند اختلاف الحكم لا بد من البيان كما في الواقعات[٤].

---

(١) المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، انظر المادة (٦١٨) ص : ٢٢٥.

(٢) هذه المادة تتفق مع المادة (٦١٩) من مشروع الفانون المدني المصري، التي تنص على أنه: « يجوز أن تعطى الأرض الزراعية والأرض المغروسة بالأشجار مزارعة للمستأجر في مقابل أخذ المؤجر جزءًا معينًا من المحصول ».

والمزارعة عقد إيجار يرد على أرض زراعية، سواء كانت أرضًا خالية أو مغروسة بالأشجار أو حدائق ليست مغروسة بالأشجار، وتتميز عن الإيجار العادي للأرض الزراعية بأن الأجرة فيها نسبة معينة من ذات المحصول الذي تنتجه الأرض.

والمادة المذكورة تتفق مع المادة (٨٠٥) من التقنين العراقي.

و المادة (٧٢٣) من التقنين الأردني.

و المادة (٦٢٦) من التقنين الكويتي.

(٣) يستفاد حكم الثلاث مواد هذه وما بعدها من أوائل المزارعة في الدر ورد المحتار ص : ١٧٤، ١٧٥.

وجاء في رد المحتار : ٦/ ٢٧٥.

انظر بدائع الصنائع : ٦/ ٢٦٨، ٢٦٩، حاشية الطحطاوي : ٤/ ١٤١، المادة (١٤٣٣) من المجلة العدلية.

(٤) انظر رد المحتار على الدر المختار : ٦/ ٢٧٦.

وتشرط التخلية، وهي أن يقول صاحب الأرض للعامل: سلمت إليك الأرض، فكل ما يمنع التخلية كاشتراط عمل صاحب الأرض مع العامل يمنع الجواز، ومن التخلية أن تكون الأرض فارغة عند العقد، فإن كان فيها زرع قد نبت يجوز العقد، ويكون معاملة لا مزارعة، وإن كان قد أدرك لا يجوز العقد؛ لأن الزرع بعد الإدراك لا يحتاج إلى العمل فيتعذر تجويزها معاملة أيضًا.

وتشترط التخلية كذلك، لو كان البذر من رب الأرض؛ لأنه لو كان من العامل تشترط التخلية بالأولى؛ لأنه يكون مستأجرا للأرض؛ لأن الأصل أن من كان البذر منه فهو المستأجر، - كما سنذكره - فقد صرح بالمتوهم، وذلك أنه إذا كان البذر من رب الأرض يكون مستأجرًا للعامل، فربما يتوهم أنه لا تشترط التخلية بينه وبين الأرض لكونها غير مستأجرة[1].

وبهذا فإن من شروط صحة المزارعة أهلية المتعاقدين، وصلاحية الأرض للزراعة، وتخليتها للعامل، وأن تكون الأرض في جانب والعمل في جانب آخر، سواء كان البذر وأدوات العمل لأحدهما أو لكليهما[2].

***

❁ **(مادة ٦٩٨): يشترط أيضًا لصحة المزارعة أن تعين له مدة متعارفة، لا مدة قصيرة بحيث لا يتمكن فيها من الزراعة، ولا طويلة بحيث لا يعيش أحد إليها غالبًا، فإن سكتا عن المدة صحت المزارعة ووقعت على زرع واحد**[3].

« يشترط تعيين المدة لتصير المنافع معلومة كسنة أو أكثر، فإن ذكر وقت لا يتمكن فيه من الزراعة فهي فاسدة، وكذا إذا ذكر مدة لا يعيش أحدهما إلى مثلها غالبًا، وجوَّزه بعضٌ، وعن محمد بن سلمة أنها بلا ذكر المدة جائزة، وتقع على سنة واحدة، وبه أخذ الفقيه أبو الليث ».

وبهذا فإنه يشترط في مدة المزارعة أن تكون معلومة، فلا تصح المزارعة إلا بهذا الشرط؛ لأنها استئجار ببعض الخارج، ولا تصح الإجارة مع جهالة المدة، والقياس في المعاملة أن لا تصح إلا بعد بيان المدة؛ لأنها استئجار العامل ببعض الخارج، فكانت بمنزلة الإجارة،

---

(١) انظر رد المحتار على الدر المختار: ٦/ ٢٧٧.

(٢) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان مادة (٤٨٤) الطبعة التمهيدية، القسم الثاني، مجمع البحوث الإسلامية.

(٣) جاء في مجمع الأنهر: ٢/ ٤٩٩.

إلا أنها جازت في الاستحسان؛ لتعامل الناس ذلك من غير بيان المدة، وتقع على أول جزء يخرج من الثمرة في أول السنة؛ لأن وقت ابتداء المعاملة معلوم[١].

***

(مادة ٦٩٩): يلزم لصحة المزارعة أن يعين جنس البذر، وأن يعين نصيب من لا بذر له صراحة أو ضمنًا، فإن لم يعين جنس البذر وكان من قبل صاحب الأرض صحت المزارعة، وإن كان من قبل المزارع فلا تصح إلا إذا جعل له الخيار في أن يزرع ما شاء.

« وذلك لأن الأجر بعض الخارج، وإعلام جنس الأجر شرط، ولأن بعضها أضر بالأرض، فإذا لم يبين وكان البذر من رب الأرض جاز؛ لأنها لا تتأكد عليه قبل إلقائه، وعند الإلقاء يصير الأجر معلومًا، وإن كان من العامل لا يجوز إلا إذا عمم بأن قال: تزرع ما بدا لك، وإلا فسدت، فإن زرعها تنقلب جائزة ».

وفي منية المغني قال: إن زرعتها حنطة فبكذا أو شعيرًا فبكذا جاز، ولو قال: على أن تزرع بعضها حنطة وبعضها شعيرًا لا.

وإنما وجب تعيين نصيب من لا بذر منه؛ لأن ما يأخذه إما أجر لعمله أو لأرضه فيشترط إعلام الأجر، وإن بينا نصيب العامل وسكتا عن نصيب رب البذر جاز العقد؛ لأن رب البذر يستحق الخارج بحكم أنه نماء ملكه لا بطريق الأجر، وبالعكس لا يجوز قياسًا؛ لأن ما يأخذه أجر فيشترط إعلامه، وفي الاستحسان: يجوز العقد ؛ لأنه لما بيَّن نصيب رب البذر كان ذلك بيان أن الباقي للأجير، وحاصله أنه يشترط بيان نصيب من لا بذر منه صريحًا أو ضمنًا[٢].

وفي المادة (٤٨٤) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب أبي حنيفة أن من شروط صحة المزارعة تعيين من عليه البذر، مع تحديد نصيب من لا بذر له وذكر جنس البذر، فإن لم يذكر وكان البذر من قبل رب الأرض جاز، وإن كان من قبل العامل لا يجوز إلا إذا خيَّره فيما يزرع.

***

(مادة ٧٠٠): لا تصح المزارعة إلا إذا عُيِّنَ للعاقدين حصةٌ شائعةٌ من المحصول[٣] فإن شُرِطَ لأحدهما قُفْزَانٌ معلومة، أو محصول موضع معين أو اشترط احتساب البذر من أصل

---

(١) بدائع الصنائع : ٦/ ٢٧١، ٢٧٢، والمادة (٤٨٤) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة.

(٢) انظر رد المحتار : ٦/ ٢٧٦.

(٣) هذه المادة تتفق مع المادة (٦١٨) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

المحصول، أو دفع خراج الموظف من المحصول وقسمة الباقي بينهما فسدت المزارعة[١].

« يشترط لصحة المزارعة كذلك أن يكون الخارج شائعًا بينهما؛ تحقيقًا لمعنى المشاركة، فإن شرط لأحدهما قفزانًا مسماة فهي باطلة؛ لأن به تنقطع الشركة؛ لأن الأرض عساها لا تخرج إلا هذا القدر، وصار كاشتراط دراهم معدودة لأحدهما في المضاربة، وكذا إذا شرطا أن يرفع صاحب البذر بذره، ويكون الباقي بينهما نصفين؛ لأنه يؤدي إلى قطع الشركة في بعض معين أو في جميعه بأن لم يخرج إلا قدر البذر، وصار كما إذا شرط دفع الخراج والأرض خراجية وأن يكون الباقي بينهما »[٢].

وقد نصت المادة (١٤٣٥) من مجلة الأحكام العدلية على أنه: «يشترط حين العقد تعيين حصة الفلاح جزءًا شائعًا من الحاصلات كالنصف والثلث، إن لم تتعين حصته أو تعينت على إعطائه شيئًا من غير الحاصلات، أو على مقدار كذا مدًّا من الحاصلات فالمزارعة غير صحيحة ».

وقد اشترطت هذه المادة:

١ - أن تكون حصة الفلاح من الحاصلات؛ لأن المزارعة شركة في الانتهاء يجب فيها الاشتراك.

٢ - أن لا تكون الحاصلات لأحدهما فقط.

٣ - أن تكون حصة المزارع معينة؛ لأن البذر إذا كان من صاحب الأرض وجب تعيين حصة المزارع؛ لأنه بحكم الأجير، وإذا كان من المزارع وجب تعيين حصة صاحب الأرض؛ لأنها بمقابلة أجرة أرضه.

٤ - أن تكون حصة المزارع شائعة، فإذا تعينت مقطوعة كعشرة أمداد مثلًا إلى المزارع، أو حاصلات القطعة الفلانية، أو حاصلات القطعة التي تسقى من الخرق الفلاني تفسد المزارعة، وتفسد أيضًا باشتراط دفع خراج الأرض من الحاصلات وتقسيمها بعد ذلك؛ لأن الحصص تصير مجهولة بذلك، ولا تفسد بإخراج خراج المقاسمة منها، وكذا إذا اتفقا على أن تكون الحبوب لأحدهما والتبن للآخر؛ لإمكان تلف شيء دون الآخر، وكذا اشتراطهما على أن يشتركا بالتبن أو بالحبوب، على أن تكون باقي الإيرادات للطرف الآخر يفسد المزارعة[٣].

---

(١) يستفاد من الدر من أوائل المزارعة ص : ١٧٥.

(٢) البناية في شرح الهداية : ٨/ ٧١٦، ٧١٧.

(٣) شرح مجلة الأحكام العدلية : ٣/ المادة (١٤٣٥).

والحاصل أن من شروط صحة المزارعة: الشركة على الشيوع في المقصود زراعته من الأرض بحصوله وفقًا لما جاء في العقد[1].

***

(مادة ٧٠١): يقسم المحصول في المزارعة الصحيحة بين العاقدين على الوجه الذي اشترطاه[2].

كيفما شرط العاقدان في المزارعة الصحيحة تقسم الحاصلات بينهما على ذلك الوجه، فإذا كان مشروطًا تقسيم الحاصلات مناصفة فتقسم، وإذا كان مشروطًا تقسيمها ثلثًا وثلثين فتقسم حسب الشرط، ولكن إذا لم تحصل حاصلات في المزارعة الصحيحة فلا يأخذ العامل شيئًا؛ لأن العامل يستحق الحاصلات حسب الشركة، فإذا لم تحصل حاصلات فلا تكون ثمة شركة.

وتكون الحاصلات والغلة في المزارعة أمانة في يد المزارع، سواء كانت المزارعة صحيحة أو فاسدة، فلذلك إذا تلفت الغلة المذكورة في يد المزارع بلا صنعة فلا يلزم ضمان، أما إذا تلفت بصنعه أو تقصيره فيضمن، وكذلك لو تأخر المزارع في سقي الأرض وتلفت المزروعات فينظر، فإذا أخر السقي التأخير المعتاد فلا يلزم ضمان، وإذا أخره التأخير غير المعتاد فيضمن حصة صاحب الأرض إذا كانت المزارعة صحيحة، أما إذا كانت المزارعة فاسدة فلا يضمن.

ومن أحكام عقد المزارعة أنه: إذا استحقت الأرض المعطاة مزارعة فينظر، فإذا استحقت بعد العمل وقبل الزراعة فلا يأخذ المزارع شيئًا من صاحب الأرض، وإذا استحقت بعد الزرع فإذا كان البذر من العامل، واستحق المستحق الأرض بدون الزرع فله قلع الزرع، ولو كان الزرع نابتًا وغير مدرك.

وتكون مؤنة القلع على دافع الأرض وعلى المزارع مناصفة، ثم يكون المزارع بعد ذلك مخيرًا إن شاء رضي بنصف المقلوع، وفي هذه الصورة لا يرجع على صاحب الأرض بشيء، وإن شاء ترك المقلوع لصاحب الأرض، ويضمن قيمة حصته لصاحب الأرض، على اعتبار أن لها حق القرار في الأرض، وإذا كان البذر من صاحب الأرض فالمزارع مخير أيضًا إن شاء رضي بنصف المقلوع، وإن شاء رد المقلوع لصاحب الأرض ورجع على صاحب

---

(١) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (٤٨٤).
(٢) يستفاد من الدر أوائل المزارعة ص : ١٧٧.

الأرض بأجر مثله على قول البلخي، أو بقيمة المقلوع على رأي أبي جعفر[١].

و « إذا صحت المزارعة فالخارج بينهما طبقًا لما اشترطا »[٢].

***

❁ (مادة ٧٠٢): إذا وقعت المزارعة فاسدة يكون المحصول كله لصاحب البذر، وعليه للعامل أجر مثل عمله إن كان البذر من صاحب الأرض، فإن كان من العامل فعليه لصاحب الأرض أجر مثل أرضه[٣].

« متى فسدت المزارعة فالخارج لرب البذر؛ لأنه ملكه، ويكون للآخر أجر مثل عمله أو أجرة أرضه، ولا يزاد على الشرط »[٤].

وقد نصت المادة (١٤٣٩) من مجلة الأحكام العدلية على أنه: « تكون كل الحاصلات في المزارعة الفاسدة لصاحب البذر، وللآخر أجرة أرضه إن كان صاحب أرض، وإن كان فلاحًا فله أجر المثل ».

ولا فرق بين أن يكون الفساد بسبب فقدان أحد الشروط أو بسبب كون المزارعة غير منطبقة على حقيقتها الشرعية، إذا أخذ صاحب البذر جميع الحاصلات؛ لأنها نماء ملكه فلا يتوقف أخذها على صحة العقد، أما الأرض والعامل فحين فساد المزارعة لا يصلح عقدها، وإنما يكون سببًا في إعداد منافعهما للاستغلال، فيجب أجر مثلهما[٥].

وبهذا فإنه إذا فسدت المزارعة فالخارج لرب البذر، وللآخر أجر مثل عمله أو أرضه[٦].

***

❁ (مادة ٧٠٣): إذا لم يخرج شيء من المحصول في المزارعة الفاسدة، فإن كان البذر من قبل العامل فعليه أجر مثل الأرض، وإن كان من قبل صاحب الأرض فعليه أجر مثل العامل[٧].

« تنص هذه المادة على أنه إن لم يخرج شيء في المزارعة الفاسدة، فإن كان البذر من

---

(١) انظر شرح مجلة الأحكام المادة (١٤٣٨) : ٣/ ٤٧٣.

(٢) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (٤٨٧)، الطبعة التمهيدية، القسم الثاني، مجمع البحوث الإسلامية.

(٣) يستفاد من الدر ورد المحتار أوائل المزارعة ص : ١٧٧.

(٤) الدر المختار : ٦/ ٢٧٩.

(٥) مجلة الأحكام العدلية وشرحها للمحاسني : ٣/ المادة (١٤٣٩).

(٦) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (٤٨٨) الطبعة التمهيدية، القسم الثاني، مجمع البحوث الإسلامية.

(٧) يستفاد من الدر أوائل المزارعة ص : ١٧٧.

قبل العامل فعليه أجر مثل الأرض والبقر، وإن كان من قبل رب الأرض فعليه أجر مثل العامل »[١].

وفي الجوهرة النيرة: وأما إذا كانت المزارعة فاسدة ولم تخرج الأرض شيئًا وجب أجر المثل على الذي من قبله البذر، فإن كان البذر من قبل العامل فهو مستأجر للأرض، وإن كان من قبل صاحب الأرض فهو مستأجر للعامل، فإذا فسدت يجب أجر المثل؛ لأنه استوفى المنفعة في عقد فاسد[٢].

***

❁ **(مادة ٧٠٤): يجوز فسخ المزارعة بدين محوج إلى بيع الأرض إن لم ينبت الزرع، فإن نبت الزرع ولم يستحصد تعلق حق المزارع بها، فلا يجوز بيعها إلا إذا أجازه المزارع**[٣].

يجوز عند الحنفية فسخ المزارعة بعد لزومها لعذر من الأعذار، سواء كان من قبل صاحب الأرض أم من قبل العامل، ومن هذه الأعذار لحوق دين فادح لصاحب الأرض، فيحتاج لبيع الأرض التي تم الاتفاق على مزارعتها، ولا مال له سواها، فيجوز بيعها بسبب هذا الدين الفادح، ويفسخ العقد بهذا العذر، كما في عقد الإجارة؛ لأنه لا يمكن المضي في العقد إلا بضرر يلحقه، فلا يلزمه تحمل الضرر، فيبيع القاضي الأرض بدين صاحبها أولًا، ثم يفسخ المزارعة، ولا تنفسخ بنفس العذر وإنما بحكم القاضي.

هذا إن أمكن الفسخ بأن كان قبل الزراعة، أو بعدها إذا أدرك الزرع وبلغ مبلغ الحصاد، فإن لم يمكن الفسخ، بأن كان الزرع لم يدرك، ولم يبلغ مبلغ الحصاد، لا تباع الأرض في الدين، ولا تفسخ إلى أن يدرك الزرع؛ لأن في البيع إبطال حق العامل، وفي الانتظار إلى وقت إدراك الزرع تأخير حق صاحب الدين، فيؤخر البيع؛ رعاية لمصلحة الجانبين؛ لأنه الطريق الأولى.

ثم هناك عند الحنفية في الحكم بالتعويض على العامل قضاءً صور ثلاث للفسخ بعد عقد المزارعة وعمل العامل.

---

(١) الدر المختار : ٦/ ٢٧٩.

وانظر: البناية في شرح الهداية : ٨/ ٧٢٢.

(٢) الجوهرة النيرة : ٢/ ٢٧٢.

(٣) يستفاد من الدر أواسط المزارعة ص : ١٧٧.

وقد جاء في الدر المختار ٦/ ٢٨٠ : « تفسخ المزارعة بدين محوج إلى بيعها إذا لم ينبت الزرع، لكن يجب أن يسترضى المزارع ديانة إذا عمل، أما إذا نبت ولم يستحصد لم تبع الأرض؛ لتعلق حق المزارع، حتى لو أجاز جاز ».

انظر البناية في شرح الهداية : ٨/ ٧٣٠.

الأولى: إذا فسخ العقد بعدما كرب (حرث) المزارع الأرض، وحفر الأنهار، فليس للعامل شيء مقابل عمله؛ لأن أعماله منافع لا تتقوم على صاحب الأرض إلا بالعقد، والعقد إنما قوم بالخارج الناتج، ولم يخرج، لكن يجب استرضاء العامل ديانة فيما بينه وبين اللّٰه تعالى.

الثانية: إذا كان الزرع قد نبت ولم يستحصد بعد، لم تبع الأرض بالدين حتى يحصد الزرع؛ لأن في البيع إبطال حق المزارع، وتأخير تسديد الدين أهون من الإبطال، فيؤخر كما تقدم.

الثالثة: إذا أريد فسخ عقد المزارعة بعد ما زرع العامل الأرض، إلا أنه لم ينبت الزرع حتى لحق صاحب الأرض دين فادح، فهل يبيع الأرض؟ فيه اختلاف عند مشايخ الحنفية فقال بعضهم: له البيع؛ لأنه ليس لصاحب البذر في الأرض عين مال قائم؛ لأن إلقاء البذر استهلاك، والمستهلك ليس بمال فتباع الأرض في الحال.

وقال بعضهم: ليس له البيع؛ لأن البذر استنماء مال وليس باستهلاك، فكان للمزارع عين مال قائم فلا تباع الأرض حتى الحصاد، كما لا تباع بعد نبات الزرع، ولعل هذا اختيار صاحب الهداية[١].

***

❁ (مادة ٧٠٥): إذا قصر المزارع في سقي الأرض حتى هلك الزرع بهذا السبب، فلا ضمان عليه إن كانت المزارعة فاسدة، وعليه الضمان في المزارعة الصحيحة الواجب عليه العمل فيها[٢].

« إذا قصر المزارع في سقي الأرض حتى هلك الزرع بهذا السبب لم يضمن المزارع في المزارعة الفاسدة، ويضمن في الصحيحة؛ لوجوب العمل عليه فيها كما مر، وهي في يده أمانة فيضمن بالتقصير »[٣].

وكل تقصير في حق الزرع يعرضه للهلاك على المقصر فيه الضمان[٤].

و نصت المادة (٦٢٢) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية على أنه:

---

(١) انظر الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي : ٦/ ٤٧٠٢، ٤٧٠٣.

(٢) يستفاد من الدر أواخر المزارعة ص : ١٧٩.

(٣) الدر المختار : ٦/ ٢٨٣.

(٤) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (٤٩٦) الطبعة التمهيدية، القسم الثاني، مجمع البحوث الإسلامية.

١ - « يجب على المستأجر أن يبذل في الزراعة، وفي المحافظة على الزرع من العناية ما يبذله في شؤون نفسه.

٢ - وهو مسؤول عما يصيب الأرض من التلف في أثناء الانتفاع، إلا إذا أثبت أنه بذل في المحافظة عليها وفي صيانتها ما يبذله الشخص العادي.

٣ - ولا يلزم المستأجر أن يعوض ما نفق من المواشي، ولا ما بلي من الأدوات الزراعية بلا خطأ منه »[١].

***

(مادة ٧٠٦): إذا ترك الأكَّار سقي الأرض عمدًا حتى يبس الزرع[٢] ضمن - وقت ما ترك السقي - قيمة الزرع نابتًا في الأرض، وإن لم يكن للزرع قيمة تقوم الأرض مزروعة، وغير مزروعة فيضمن نصف فضل ما بينهما[٣].

« إذا ترك أكَّار السقي عمدًا حتى يبس ضمن - وقت ما ترك السقي - قيمته نابتًا في الأرض، وإن لم يكن للزرع قيمة قُوِّمت الأرض مزروعة وغير مزروعة، فيضمن فضل ما بينهما »[٤].

وإنما تعتبر قيمته يوم ترك السقي إذا كانت له قيمة آنذاك، أما إذا لم تكن قيمة للزرع في ذلك اليوم فتُقوم الأرض مزروعة وغير مزروعة، فيضمن نصف فضل ما بينهما، بخلاف ما لو منع الماء عن أرض رجل حتى هلك زرعه عطشًا لم يضمن المانع شيئًا[٥].

***

(١) هذه المادة تطابق المادة (٦٢٣) من القانون المدني المصري، وتوجب هذه المادة على المزارع أن يبذل في الزراعة وفي المحافظة على الزرع من العناية ما يبذله في شؤون نفسه،وهذا قياسًا على ما هو مقرر بالنسبة إلى الشريك.

فقد نصت المادة (٤٩٥/ ١) من المشروع على أن: «على الشريك أن يبذل من العناية في تدبير مصالح الشركة ما يبذله في تدبير مصالحه الخاصة...»؛ ذلك أن المزارع شريك للمؤجر في المحصول؛ لذلك أخذ بمعيار الشركة فيما يجب على المزارع أن يبذله من العناية في الزراعة وفي المحافظة على الزرع، حيث تعتبر الزراعة من شؤونه الخاصة.

يجب على المزارع أن يبذل في المحافظة على الأرض، وما يلحق بها من مواش وأدوات زراعية من العناية ما يبذله الشخص العادي، وهذا طبقًا للقواعد العامة في الإيجار، فقد نصت المادة (٥٨١) من هذا المشروع على أنه: « يجب على المستأجر أن يبذل من العناية في استعمال العين المؤجرة وفي المحافظة عليها ما يبذله الشخص العادي، وهو مسؤول عما يصيب العين أثناء انتفاعه بها من تلف أو هلاك، ما لم يكن هذا التلف أو الهلاك ناشئًا عن استعمالها استعمالًا مألوفًا أو راجعًا إلى سبب لا يَدَ له فيه ».

والمادة المذكورة تقابل المادة (٧٣١) من التقنين الأردني، و المادة (٦٣٠) من التقنين الكويتي.

(٢) هذه المادة تتفق مع (المادة ٦٢٢) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٣) يستفاد حكمها من الدر ورد المحتار أواخر المزارعة ص : ١٧٩.

(٤) جاء في الدر المختار : ٦/ ٢٨٣.

(٥) انظر مجمع الضمانات للبغدادي ص : ٣١٥.

(مادة ٧٠٧): إذا أَخَّر الأَكَّار سقي الزرع تأخيرًا معتادًا فلا ضمان عليه، وإن أَخَّره[1] تأخيرًا غير معتاد فعليه الضمان لو المزارعة صحيحة[2].

« إذا أَخَّر الأَكَّار السقي تأخيرًا معتادًا لا يضمن؛ لأنه ليس بتقصير، وإلا ضمن لو كانت المزارعة صحيحة »[3].

ولو أَخَّر الأَكَّار سقيه تأخيرًا يفعله الناس لم يضمن، ولو كان تأخيرًا غير متعارف ضمنه[4].

***

(مادة ٧٠٨): إذا ترك حفظ الزرع حتى أكلته الدواب فعليه ضمانه، وإن لم يردَّ المزارع الجراد حتى أكل الزرع كله مع إمكان رده ضمن، وإلا لا[5].

لو ترك المزارع حفظ الزرع حتى أكله الدواب ضمن، وإن لم يردَّ الجراد حتى أكله كله إن أمكن طرده ضمن، وإلا لا[6].

ولو ترك الزرع حتى أصابته آفة من أكل الدواب ونحوه ضمن إن كان حاضرًا، وأمكنه دفعه ولم يدفع، ولا يضمن لو لم يمكنه دفعه، ولو أكله الجراد ضمن لو أمكنه طرده، وإلا فلا، فالحاصل أنه في كل موضع ترك الحفظ مع إمكانه ضمن، لا بدونه[7].

***

(مادة ٧٠٩): إذا انقضت المدة قبل إدراك الزرع يبقى الزرع إلى إدراكه، ويلزم المزارع أجر ما فيه نصيبه من الأرض، وتكون نفقة ما يلزم للزرع من سقي ومحافظة وحصاد ودروس وتذرية على كلٍّ من صاحب الأرض والمزارع بقدر حصصهما[8].

لا يختلف حكم انقضاء مدة الإجارة والزرعُ قائمٌ في الأرض لم يدرك أوان حصاده، فإنه يقضى بترك الزرع في الأرض إلى حين إدراكه، ويدفع أجر المثل عن حصته من الأرض، ويشترك مع صاحب الأرض في تحمل النفقات اللازمة لتعهد الزرع بقدر حصصهما.

وقد نصت المادة (٤٩١) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام

---

(١) في طبعة دار الفرجاني « اخرة » والمثبت من طبعة نظارة المعارف وهو الصحيح.

(٢) يستفاد من الدر ورد المحتار أواخر المزارعة ص : ١٧٩.

(٣) جاء في رد المحتار : ٦/ ٢٨٣.

(٤) انظر مجمع الضمانات للبغدادي ص : ٣١٥.

(٥) يستفاد من الدر أواخر المزارعة ص : ١٧٩، ١٨٠، والتقييد بالكل في قوله: أكل الزرع كله اتفاقي فيما يظهر، طحطاوي ورد المحتار.

(٦) رد المحتار : ٦/ ٣٠١.

(٧) انظر مجمع الضمانات للبغدادي ص : ٣١٥.

(٨) يستفاد من الدر ورد المحتار من أوسط المزارعة ص : ١٧٨.

أبي حنيفة النعمان على أنه: «إذا مضت المدة قبل إدراك الزرع، فعلى العامل أجر مثل نصيبه من الأرض حتى يدرك الزرع، وما أنفق على الزرع حتى النضج يكون عليهما بالحصص».

وتوضيحها أنه: إذا مضت المدة قبل إدراكه فعلى المزارع أجر مثل نصيبه من الأرض حتى يدرك الزرع؛ لأنه استوفى منفعة بعض الأرض لتربية حصته فيها إلى وقت الإدراك، ونفقة الزرع كأجر السقي والمحافظة والحصاد والرفاع والدرس والتذرية عليهما بقدر حقوقهما حتى يدرك.

***

❁ (مادة ٧١٠): إذا مات صاحب الأرض والزرع بقل، يداوم العامل على العمل إلى إدراك الزرع، وليس لورثة المتوفى منعه.

لا تُنْقَضُ المزارعة بوفاة صاحب الأرض، ويستمر العامل في عمله؛ لمشاركته في الخارج بمقتضى عقد المزارعة، فلا يملك ورثة صاحب الأرض منعه من العمل في ماله، وتنتقض المزارعة فيما بقي من السنين في المذهب الحنفي بوفاة أيٍّ منهما؛ لأنه لا ضرورة لاستمرارها، وقد نصت المادة (٤٩٣) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان على أنه: « إذا مات رب الأرض والزرع بقل ظل العامل ملزمًا بالعمل حتى إدراك الزرع، ولا تنقض المزارعة إلا في المدة التي تزيد على ذلك ».

وتوضيح ذلك أنه:إذا مات رب الأرض والزرع بقل، فإن العمل فيه جميعًا على العامل أو وارثه؛ لبقاء مدة العقد استحسانًا فلا أجر عليه للأرض؛ لأن العقد موجب على العامل عملًا يحتاج إليه إلى انتهاء الزرع، لكن ينتقض العقد فيما بقي من السنين، كما في الخانية وغيرها؛ لعدم الضرورة.

قال في التتارخانية: وهذا إذا قال المزارع: لا أقلع الزرع، فإن قال: أقلع لا يبقى عقد الإجارة، وحيث اختار القلع فلورثة رب الأرض خيارات ثلاثة، إن شاؤوا قلعوا والزرع بينهم، أو أنفقوا عليه بأمر القاضي؛ ليرجعوا على المزارع بجميع النفقة مقدرًا بالحصة، أو غرموا حصة المزارع والزرع لهم.

هذا إذا مات رب الأرض بعد الزراعة، فلو قبلها بعد عمل الزارع في الأرض انتقضت ولا شيء له، ولو بعدها قبل النبات ففي الانتقاض اختلاف المشايخ، ولو مات قبل البذر بطلت ولا شيء لكرابه[1].

---

(١) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، الطبعة التمهيدية، القسم الثاني، مجمع =

ويتفق ذلك مع اتجاهات بعض القوانين المدنية طبقًا لما عبرت عنه المواد (٥٩٣) مدني سوري، (٨١٢) عراقي، (٧٣٤) أردني، ونصها:

١ - « إذا مات صاحب الأرض والزرع لم يدرك، يستمر الزارع في العمل حتى يدرك الزرع، وليس لورثته منعه.

٢ - وإذا مات المزارع والزرع لم يدرك قام ورثته مقامه في العمل حتى يدرك وإن أبى صاحب الأرض».

وهذا هو ما أخذت به المجلة العدلية في مادتها (١٤٣٩)، ومبنى هذه الاتجاهات اعتبار المزارعة نوعًا من المشاركة، ومقتضاها أن يثبت لكل من المزارع وصاحب الأرض حصة في الخارج منها، فلا يزول حق أحدهما في ملكه بموت الآخر.

وتتجه المادة (٦٢٦) مدني مصري إلى التفريق بين موت المؤجر وموت المستأجر، فتقضي بانقضاء المزارعة بموت المستأجر لا بموت المؤجر، وهو تفريق يصعب من الوجهة الفنية تبريره؛ لأنه إذا كانت المزارعة من أنواع المشاركة فإنها لا تنقضي إلا بأخذ كلٍّ منهما حصته بعد الإدراك، وإن كانت في حكم الإجارة فإنها لا تنقضي في الاتجاه الغالب فقهًا وقانونًا بموت المؤجر أو المستأجر.

وقد تأثرت بعض الاتجاهات القانونية بالفكر الاشتراكي وبقوانين الإصلاح الزراعي، فاتجهت إلى حماية حقوق المزارعين ومستأجري الأرض الزراعية، وعبَّرت عن هذا الاتجاه المادة (٦٢٣) من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية، ونصها:

١ - « لا ينتهي إيجار الأرض الزراعية، نقدا أو مزارعة بموت المؤجر، ولا بموت المستأجر.

٢ - ومع ذلك فإنه يشترط لانتقاله الإيجار إلى الورثة عند وفاة المستأجر أن يكون منهم من تكون حرفته الأساسية الزراعة.

٣ - ويجوز لورثة المستأجر أن يطلبوا إنهاء العقد »[1].

= البحوث الإسلامية.

(١) هذه المادة تتفق مع المادة (٣٣) مكرر (ز) من قانون الإصلاح الزراعي، مضافة بالقانون رقم : ٥٢ لسنة (١٩٦٦م) التي تنص على أنه: « لا ينتهي إيجار الأراضي الزراعية، نقدًا أو مزارعة بموت المؤجر ولا بموت المستأجر، وعند وفاة المستأجر ينتقل الإيجار إلى ورثته بشرط أن يكون منهم من تكون حرفته الأساسية الزراعة، ويجوز لورثة المستأجر أن يطلبوا إنهاء العقد ».

فبمقتضى المادة المذكورة يكون الأصل أن إيجار الأرض الزراعية، سواء كان إيجارًا عاديًّا أو كان بطريق المزارعة، لا ينتهي بموت المؤجر ولا بموت المستأجر، غير أنه يشترط لانتقال الإيجار إلى الورثة عند موت المستأجر أن يكون من بينهم =

(مادة ٧١١): إذا مات المزارع والزرع غضٌّ، فورثته تقوم مقامه في العمل إلى أن يستوي الزرع وإن أبى صاحب الأرض[١].

مقتضى المزارعة الشركة في الزرع إلى حين حصاده، ولا تنتهي المشاركة إلا بأخذ كلٍّ منهما حصته، ولو مات أحدهما قام ورثته مقامه على النحو الذي اتضح تفصيله وموازنته بالاتجاهات القانونية في شرح المادة السابقة، وقد نصت المادة (٤٩٤) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان على أنه: « إذا مات المزارع قبل نضج الزرع، فإن تمسك ورثته بالعمل كان لهم ذلك، وإلا فلرب الأرض الخيارات الثلاثة ».

وتوضيحها: إن مات المزارع والزرع بقل، فإن أراد ورثته القلع لا يجبرون على العمل، ولرب الأرض الخيارات الثلاثة: إن شاؤوا قلعوا والزرع بينهم، أو أنفقوا عليه بأمر القاضي؛ ليرجعوا على المزارع بجميع النفقة مقدرًا بالحصة، أو غرموا حصة المزارع والزرع لهم ».

وهذا ما تناولته المادة (١٤٤٠) من مجلة الأحكام العدلية، والتي تنص على أنه: « إذا مات صاحب الأرض والزرع أخضر، فالفلاح يداوم على العمل إلى أن يدرك الزرع، ولا يسوغ لورثة المتوفى منعه، فإذا مات الفلاح فوارثه قائم مقامه، وإن شاء داوم على العمل إلى أن يدرك الزرع، ولا يسوغ لصاحب الأرض منعه ».

تتفق هذه المادة مع الفقرتين الأولى والثانية من المادة (٦٢٤) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، ونصها:

١ - « إذا انتهت المزارعة قبل انقضاء مدتها، وجب على المؤجر أن يرد للمستأجر أو لورثته ما أنفقه المستأجر على المحصول الذي لم يتم نضجه، مع تعويض عادل عما قام به المستأجر من العمل.

٢ - ومع ذلك إذا انتهت المزارعة بموت المستأجر، جاز لورثته عوضًا عن استعمال حقهم في استرداد النفقات المتقدم ذكرها أن يحلُّوا محلَّ مورثهم، حتى ينضج المحصول، ما داموا يستطيعون القيام بذلك على الوجه المرضي.

= من تكون حرفته الأساسية الزراعة، وهذا الشرط يتفق مع وجوب أن تكون إجارة الأرض الزراعية لمن يتولى زراعتها بنفسه، فإذا لم يوجد من الورثة من تكون حرفته الأساسية الزراعة فإن العقد ينتهي بموت المستأجر.

ويجوز لورثة المستأجر أن يطلبوا إنهاء العقد، فقد تكون أعباء العقد أثقل من أن تتحملها مواردهم، أو تكون بحيث تجاوز حدود قدرتهم، أو نحو ذلك من الأسباب التي تدعوهم إلى طلب إنهاء العقد.

ويلحق بموت المستأجر أن يصبح عاجزًا عن زراعة الأرض؛ لمرض أو اعتقال أو نحو ذلك.

(١) جاء في رد المحتار : ٦/ ٢٨٢.

٣ - كل هذا ما لم يكن هناك نص يقضي بغيره »[١].

والقصد من هذه الفقرة الأخيرة الاستجابة لقوانين الإصلاح الزراعي الصادرة بعد ثورة يوليو (١٩٥٢م).

***

(مادة ٧١٢): إذا دفع صاحب الأرض للعامل زرعًا بقلًا، فقام عليه عاملًا حتى عقد الزرع، ثم استحقت الأرض، يخير المزارع بين أخذ نصف المقلوع أو ردِّه، ويرجع على صاحب الأرض بأجر مثله[٢].

تنقضي المزارعة بظهور الأرض مستحقة لغير من دفعها للعامل الذي يخير بين أخذ حصته من الزرع بعد قلعه، أو تركه لمن دفع إليه الأرض، وأخذ مثل أجر عمله؛ لأنه استضر بظهور الأرض مستحقة[٣]، فيجبر ضرره باختيار أيٍّ من هذين.

والاتجاه في القانون المدني الأردني إلى التفريق بين حسن النية لدى المزارع والمتعاقد معه أو سوئها، فإن كان هذان الطرفان حَسَنَيْ النية، واستحقت الأرض بعد زرعها وقبل أوان حصادها، فلهما استبقاء الأرض معهما إلى أوان الحصاد، وعلى دافع الأرض أجر مثلها للمستحق، أما إن كانا سيئي النية فللمستحق قلع الزرع وأخذ أرضه خالية، ولا شيء عليه لأيٍّ منهما، أما إن كان سوء النية من قِبل دافع الأرض، ولم يرض المستحق بإجارتها إلى نضج المحصول، فإن كان البذر من صاحب الأرض فعليه للعامل أجر مثل عمله، وإن كان البذر من قِبل العامل استحق قيمة حصته من الزرع حين إدراكه، وللمزارع في الحالين جميعًا أن يختار أخذ حصته من الزرع مقلوعًا، وليس له سواه حينئذ، وهذا هو ما جاءت به المادة (٧٢٨) من هذا القانون.

---

(١) المزارعة قد تنتهي قبل انقضاء مدتها لسبب يرجع إلى المؤجر، كأن يخل بالتزاماته، فيطلب المزارع الفسخ مع التعويض، وقد يكون هذا الانقضاء لسبب يرجع إلى المستأجر، كأن يخل هذا بالتزاماته أو يموت أو يعجز عن الزراعة.

فإذا انتهت المزارعة قبل انقضاء مدتها لأي سبب، وجب تصفية الحساب بين الطرفين على الوجه المبين في الفقرة الأولى من المادة المذكورة.

غير أنه في حالة انتهاء المزارعة بموت المزارع، يجوز للورثة بدلًا من أن يستردوا النفقات والأجر العادل بمقتضى الفقرة الأولى، أن يطلبوا الحلول محل مورثهم، فيستمروا في الزراعة حتى ينضج المحصول، ما داموا يستطيعون القيام بذلك على الوجه المرضي.

والمادة المذكورة تتفق مع المادة (٦٣٨) من التقنين الكويتي، و (المادة ٨١٢) من التقنين العراقي.

(٢) يستفاد حكمها من رد المحتار من أوائل المساقاة ص : ١٨١ و المادة (١٤٣٨) من المجلة العدلية.

(٣) رد المحتار : ٦/ ٢٨٦.

❁ (مادة ٧١٣): إذا دفع صاحب الأرضِ الأرضَ للعامل، ودفع إليه البذر فزرعها ونبت الزرع، ثم استحقت الأرض وقلعا الزرع قبل إدراك أوان حصاده، فاختار المزارع رد المقلوع، فله الرجوع بأجر مثل عمله على صاحب الأرض، وله أخذ نصف المقلوع، ولا شيء له غيره[١].

تقدم أنه إذا استحقت الأرض المدفوعة مزارعة، واختار العامل أخذ حصته من الزرع فإن له ذلك، ولا شيء له غيره، وقد نص فقهاء الأحناف على أنه: «إن كان البذر من قبل الدافع، وأخذ المستحق الأرض وأمرهما بالقلع وقلعا، فالمزارع بالخيار إن شاء رضي بنصف المقلوع ولا شيء له غيره، وإن شاء رد المقلوع على الدافع ورجع عليه بأجر مثل عمله، على قول الفقيه أبي بكر البلخي رحمه اللّه تعالى، وبقيمة حصته من الزرع على قول أبي جعفر رحمه اللّه تعالى »[٢].

وفي الدر المختار: لو دفع إليه الأرض مزارعة، والبذر من الدافع، فزرعها ونبت، ثم استحقت قبل أن يستحصد، فاختار المزارع رد المقلوع يرجع بأجر مثل عمله، وقال الهندواني بقيمة حصته نابتًا[٣].

وقد سبق تفريق المادة (٧٢٨) من القانون المدني الأردني بين حسن النية وسوئها من جهة، وبين أن يكون البذر من قبل العامل أو دافع الأرض من جهة أخرى، على النحو الذي تقدم ذكره، وهو ما يتفق في المعنى واللفظ مع ما جاء في مادتي المرشد.

***

❁ (مادة ٧١٤): إذا دفع صاحب الأرض أرضه مزارعة، والبذور من العامل، ثم استحقت الأرض، يأخذها المستحق بدون الزرع، وله أن يأمر العامل بالقلع ولو كان الزرع بقلًا، ويكون مؤنة نصف القلع على صاحب الأرض ونصفها على المزارع.

والمزارع بالخيار إن شاء رضي بنصف المقلوع ولا يرجع على صاحب الأرض بشيء ما، وإن شاء رد عليه المقلوع وضَمَّنَه قيمة حصته من الزرع مستحقًا للقرار لا مقلوعًا[٤].

« إذا دفع الرجل أرضه مزارعة وشرط البذر على المزارع، فزرعها المزارع، فجاء مستحق واستحقها، وأخذها المستحق بدون الزرع فله أن يأمره بقلع الزرع، وإن كان الزرع بقلًا،

(١) يستفاد من الهندية من أوائل الباب العاشر في زراعة أحد الشريكين من المزارعة ص : ٢٦٧.
(٢) الفتاوى الهندية : ٥/ ٢٥٧. (٣) الدر المختار : ٦/ ٣٠٥.
(٤) يستفاد من الهندية أوائل الباب العاشر في زراعة أحد الشريكين من المزارعة ص : ٢٦٧ وصرح به أيضًا في رد المحتار من أوائل المساقاة ص : ١٨٢.

ولا تترك الأرض في يد المزارع بإجارة إلى أن يستحصد، ويكون القلع على الدافع والمزارع نصفين، ثم المزارع بالخيار إن شاء رضي بنصف المقلوع ولا يرجع على الدافع بشيء، وإن شاء رد المقلوع عليه وضمَّنه قيمة حصته نابتًا في أرضه لا في أرض غيره »[١].

وفي التتارخانية: دفع أرضه مزارعة والبذر من العامل، ثم استحقت، أخذها المستحق بدون الزرع، وله أن يأمره بالقلع ولو الزرع بقلًا، ومؤنة القلع على الدافع والمزارع نصفين، والمزارع بالخيار إن شاء رضي بنصف المقلوع ولا يرجع على الدافع بشيء، أو رد المقلوع عليه وضمَّنه قيمة حصته ثابتًا له حق القرار، ولو البذر من الدافع خُيِّر المزارع إن شاء رضي بنصف المقلوع أو ردَّه عليه، ورجع بأجر مثل عمله عند البلخي، وبقيمته عند أبي جعفر[٢].

***

(١) الفتاوى الهندية: ٥/ ٢٥٦.
(٢) انظر رد المحتار على الدر المختار: ٦/ ٢٨٦.

الفَصْلُ الثَّانِي

في المساقاة

❁ (مادة ٧١٥): المساقاة هي معاقدة دفع الشجر والكروم إلى من يصلحها بجزء معلوم من ثمرها، والمراد بالشجر: كل ما ينبت في الأرض ويبقى بها سنة أو أكثر[١].

المساقاة لغة: المساقاة في النخيل والكروم على الثلث والربع وما أشبهه، يقال: ساقى فلان فلانًا نخله أو كرمه: إذا دفعه إليه واستعمله فيه على أن يعمره ويسقيه ويقوم بمصلحته في الآبار وغيره، فما أخرج اللَّه منه فللعامل سهم من كذا وكذا سهمًا مما تُغِله، والباقي لمالك النخل، وأهل العراق يسمونه المعاملة[٢].

والمساقاة اصطلاحًا: هي معاقدة على دفع الشجر والكروم إلى من يصلحها بجزء معلوم من ثمرها، وذلك بأن يقول: دفعت إليك هذه النخلة مثلًا مساقاة بكذا، ويقول المساقي: قبلت، ففيه إشعار بأن ركنها الإيجاب والقبول.

قال الرملي: وقيد بالشجر؛ لأنه لو دفع الغنم والدجاج ودود القز معاملة لا يجوز، كما في المجتبى وغيره، وكذا النحل، وكذا لو دفع بقرة بالعلف ليكون الحادث نصفين[٣].

ولا ينافيه تصريح التعريف بالثمر؛ لأن المراد به: ما يتولد منه، فيتناول الرطبة وغيرها كما صرح به القهستاني أيضًا، أو هو مبني على الغالب[٤].

وهذا ما نصت عليه المادة (١٤٤١) من مجلة الأحكام العدلية؛ حيث جاء فيها: « المساقاة هي نوع شركة على أن تكون الأشجار من طرف، والتربية من طرف آخر، وأن يقسم الثمر الحاصل بينهما ».

وبهذا فإن المساقاة معاقدة على دفع الشجر إلى من يصلحه بجزء معلوم من ثمره[٥].

وقد جاء تعريفها في المادة (٧٢٦) من المدني الأردني، ونصها:

---

(١) يستفاد من الدر وحاشية رد المحتار أول باب المساقاة ص : ١٨١.

(٢) لسان العرب مادة (سقى).

(٣) انظر رد المحتار على الدر المختار : ٦/ ٢٨٦.

(٤) رد المحتار على الدر المختار ٦/ ٢٨٥.

(٥) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان (٤٩٧) الطبعة التمهيدية، القسم الثاني، مجمع البحوث الإسلامية.

١ - « المساقاة عقد شركة على استغلال الأشجار والكروم، بين صاحبها وآخر يقوم على تربيتها وإصلاحها بحصة معلومة من ثمرها.

٢ - والمراد بالشجر: هنا كل نبات تبقى أصوله في الأرض أكثر من سنة ».

***

❁ (مادة ٧١٦): تصح المساقاة بدون بيان المدة، وتقع على أول ثمر يخرج من تلك السنة، وتصح مع بيان المدة المتعارفة، فلو ذكر مدة طويلة لا يعيشان إليها غالبًا لم تصح[1].

« بيان المدة ليس بشرط استحسانًا؛ للعلم بوقته عادة، حيث يقع عند إهمال تعيين المدة على أول ثمر يخرج في أول السنة، وفي الرطبة على إدراك بذرها إن كانت الرغبة فيه وحده، فإن لم يخرج في تلك السنة ثمر فسدت »[2].

وصحة المساقاة من غير ذكر المدة، ووقوعها على أول ثمرة تخرج عند عدم تحديد المدة.

وهو ما نصت عليه المادة (٧٣٩) مدني أردني، ونصها :

١ - « إذا لم يبين في العقد مدة للمساقاة تنصرف إلى أول غلة تحصل في سنة العقد، ما لم يجر العرف على غير ذلك.

٢ - وإذا حدد في العقد مدة يحتمل فيها ظهور الثمر ولم يبد أصلًا، فلا يستحق أحد العاقدين شيئًا على الآخر ».

***

❁ (مادة ٧١٧): إذا ذكر للمساقاة مدة لا تخرج الثمرة فيها فسدت المساقاة[3]، وإن ذكر للمساقاة مدة يحتمل خروج الثمرة فيها وعدم خروجها كانت المساقاة موقوفة، فإن خرج في الوقت المسمى ثمرة يرغب في مثلها في المعاملة صحت المساقاة، ويقسم الخارج بينهما على حسب شرطهما.

وإن تأخر خروج الثمرة عن الوقت المسمى فسدت المساقاة، وللمساقي أجر مثل عمله، وإن لم يخرج شيء أصلًا فلا شيء لكل منهما على الآخر[4].

---

(١) يستفاد من الدر من أوائل المساقاة ص : ١٨٢ .

(٢) الدر المختار : ٦/ ٢٨٦، ٢٨٧، ونهاية المحتاج : ٥/ ٢٥٨، ومشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (٥٠١) الطبعة التمهيدية، القسم الثاني، مجمع البحوث الإسلامية، والمواد (١٤٤٥-١٤٤٧) من المجلة العدلية.

(٣) يستفاد من الدر من المحل المذكور من النمرة المذكورة قبله، ومن رد المحتار فيها.

(٤) جاء في الدر المختار : ٦/ ٢٨٧.

يلزم لصحة العقد أن يكون مفيدًا للطرفين، فإذا لم تترتب عليه فائدة للطرفين يحكم بفساده، وإذا وقع الشك في رجاء فائدته كان موقوفًا على معرفة عاقبته، ولذا « لو ذكر مدة لا تخرج الثمرة فيها فسدت، ولو تبلغ الثمرة فيها أو لا تبلغ صح؛ لعدم التيقن بفوات المقصود، فلو خرج في الوقت المسمى صح عقد المساقاة، وإلا فسدت، وكان للعامل أجر المثل ليدوم عمله إلى إدراك الثمر ».

وهذا يتفق مع ما ورد في المادة (٥٠١) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان[١]، وقد تقدم في شرح المادة السابقة ما يفيد نص المادة (٧٣٩) من القانون المدني الأردني على ذلك.

***

❁ (مادة ٧١٨): عقد المساقاة لازم من الجانبين، فلا يملك أحدهما الامتناع والفسخ من غير رضا الآخر إلا بعذر، ويجبر المساقي على العمل إلا من عذر[٢].

عقد المساقاة عقد لازم من الجانبين، ليس لأحدهما فسخه إلا بعذر، فإذا أراد صاحب الشجر أن يخرج العامل من غير عذر لم يكن له ذلك؛ لأنه لا ضرر عليه في الوفاء بالعقد، وكذلك ليس للعامل أن يترك العمل إلا بعذر.

وتفسخ المساقاة بالأعذار التي تفسخ بها الإجارة، ككون العامل سارقًا يخاف منه سرقة السعف والثمر قبل الإدراك؛ لأنه يلزم صاحب الأرض ضرر لم يلتزمه فتفسخ به، أو مرض العامل مرضًا يضعفه عن العمل؛ لأنه في إلزامه استئجار الأجراء، وفي ذلك زيادة ضرر عليه، ولم يلتزمه فيجعل ذلك عذرًا تفسخ به أيضًا[٣].

وهو ما نصت عليه المادة (٨١٧) مدني عراقي، والمادة (٧٣٨) مدني أردني، ونصها: « المساقاة عقد لازم، فلا يملك أحد العاقدين فسخه، إلا بعذر يبرر ذلك ».

***

❁ (مادة ٧١٩): إذا انقضت مدة المساقاة بطلت، فإن كان على الشجر ثمر لم يبد صلاحه فالخيار للمساقي، إن شاء قام على العمل إلى انتهاء الثمرة بلا وجوب أجر عليه لحصة

---

(١) انظر المادة (٦٢٢) من هذا الكتاب.

(٢) يستفاد من الدر من المحل المذكور من الصفحة المذكورة قبله من رد المحتار فيهما، وقد جاء في بدائع الصنائع ٦/ ٢٨٢: « أن هذا العقد لازم من الجانبين، حتى لا يملك أحدهما الامتناع والفسخ من غير رضا صاحبه إلا من عذر ». وانظر المادة (٥٠٢) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة.

(٣) الدر المختار: ٦/ ٣٠٦، فتح القدير: ٨/ ٤٧.

صاحب الأرض، وإن شاء رد العمل، ويخير الآخر بالخيارات الثلاثة المذكورة في المادة الآتية[١].

وتبطل المساقاة بانتهاء مدتها، لكن لو انتهت المدة وعلى الشجر ثمر لم ينضج فالخيار للعامل، إن شاء عمل بغير أجر عليه لحصة صاحب الشجر؛ لأن الشجر لا يجوز استئجاره، بخلاف المزارعة حيث يجب عليه أجر مثل الأرض، وكذا العمل كله على العامل، وفي المزارعة عليهما، وإن أبى عن العمل خُيِّر الآخر بين الخيارات الثلاثة، وهي:

١ - يتخير العامل بين المضي في العمل على الشرط حتى يدرك وبين تركه.

٢ - إذا اختار المضي في العمل لم يكن عليه أجر حصته حتى يدرك الثمر؛ لأن الشجر لا يجوز استئجاره.

٣ - العمل كله واجب على العامل وحده هنا؛ لعدم وجوب الأجر عليه لصاحب الشجر[٢].

وتوضح المادة (٧٤٤) من القانون المدني الأردني هذا، ونصها:

١ - « إذا انقضت مدة المساقاة انتهى العقد، فإن كان على الشجر ثمر لم يبد صلاحه فللمساقي الخيار، إن شاء قام على العمل حتى يدرك الثمر بغير أجر عليه لحصة صاحب الشجر، وإن شاء رد العمل.

٢ - فإذا رد العمل كان صاحب الشجر بالخيار بين أن يقسم الثمر على الشرط المتفق عليه، أو أن يعطي المساقي قيمة نصيبه منها، أو أن ينفق عليه حتى يدرك فيرجع بما أنفقه في حصة المساقي من الثمر ».

* * *

❁ **(مادة ٧٢٠): لا يجوز للمساقي أن يساقي غيره إلا بإذن مالك الشجر، فإن ساقى بغير إذنه فالخارج للمالك، وللمساقي الثاني أجر مثله على المساقي الأول، بالغًا ما بلغ، ولا أجر للأول**[٣].

قد تكون شخصية المساقي محل اعتبار صاحب الشجر؛ لأن الناس تتفاوت في الخيرات والعمل والأمانة، ولذا فليس له أن ينزل عن المساقاة لغيره إلا إذا أذن له صاحب الشجر،

---

(١) يستفاد من الدر ورد المحتار : ٦/ ٢٩١ من أوسط المساقاة ص : ١٨٤، ١٨٥.

(٢) الموسوعة الفقهية : ٣٧/ ١٤٠.

(٣) يستفاد من الدر ورد المحتار أواخر المساقاة ص : ١٨٥، ١٨٦.

وفي الوهبانية:

وما للمساقي أن يساقيَ غيره وإن أذن المولى له فليس ينكر

فلو ساقى بغير إذن صاحب الشجر فالخارج للمالك.

قال في الذخيرة: دفع إليه معاملة ولم يقل له: اعمل برأيك، فدفع إلى آخر، فالخارج لمالك النخيل، وللعامل أجر مثله على العامل الأول بالغًا ما بلغ، ولا أجر للأول؛ لأنه لا يملك الدفع؛ إذ هو إيجاب الشركة في مال الغير، وعمل الثاني غير مضاف إليه؛ لأن العقد الأول لم يتناوله، ولو هلك الثمر في يد العامل الثاني بلا عمله، وهو على رؤوس النخيل لا يضمن، وإن كان التلف من عمل الأجير في أمر يخالف فيه أمر الأول يضمن لصاحب النخيل العاملُ الثاني لا الأول، وإن هلك من عمله في أمر لم يخالف أمر الأول، فلرب النخيل أن يُضَمِّن أيًّا شاء، وللأخير إن ضَمَّنه الرجوع على الأول[1].

والمساقاة يترتب عليها التزام العامل العمل بنفسه، ما لم يفوض رب الشجر الأمر إليه، فإذا لم يفوضه، ودفع العامل الشجر إلى عامل آخر كان الخارج لرب الشجر، وللعامل أجر مثله على العامل الأول بالغًا ما بلغ، ولا أجر للأول[2].

***

(مادة ٧٢١): إذا استحق الشجر أو النخيل وفيه ثمر، يرجع المساقي بأجر مثله على صاحب الشجر[3]، فإن لم تخرج النخيل أو الشجر ثمرًا حتى استحقت فلا شيء للمساقي.

« إذا استحق النخيل أو الشجر وفيه ثمر، يرجع العامل بأجر مثله، وفي، المزارعة بقيمة الزرع، ولا أجر له »[4].

وهذا مقيد بما إذا كان الشجر فيه ثمر، وإلا فلا أجر له، قال في « الولوالجية »: وإذا لم تخرج النخيل شيئًا حتى استحقت لا شيء للعامل؛ لأن في المزارعة لو استحقت الأرض بعد العمل قبل الزراعة لا شيْء للمزارع.

وقد أوضحت ذلك المادة (٧٤٢) مدني أردني، ونصها:

---

(١) انظر رد المحتار على الدر المختار : ٦/ ٢٩٣.

(٢) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (٥١٠) الطبعة التمهيدية، القسم الثاني، مجمع البحوث الإسلامية.

(٣) يستفاد من الدر ورد المحتار أوائل المساقاة ص : ١٨١.

(٤) الدر المختار : ٦/ ٢٨٦، ونهاية المحتاج : ٥/ ٢٦٠.

« إذا استحق الشجر أو الثمر، وكان المتعاقدان في المساقاة أو أحدهما قد أنفق، أو قام بعمل ذي أثر في نمو الشجر أو الثمر ترتب ما يلي بحسب الأحوال:

١ - إذا أجاز المستحق عقد المساقاة، حل محل دافع الشجر تجاه المساقي في جميع الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد، ويؤدي المستحق إلى دافع الشجر مثل ما أنفقه من نفقات نافعة بحسب العرف.

٢ - فإن لم يجز المستحق العقد، وكانت المساقاة معقودة بحسن نية، دون علم أحد من الطرفين بسبب الاستحقاق كان للمستحق الخيار، إما أن يأخذ ما استحقه ويدفع للمساقي أجر مثله، ويؤدي لدافع الشجر ما أنفقه من نفقات نافعة بحسب العرف، وإما أن يترك لهما الغلة إلى نهاية موسمها، ويأخذ من دافع الشجر تعويضًا عادلًا بحسب العرف عما فاته من منفعة بسبب هذا الانتظار.

٣ - وإن كان المتعاقدان في المساقاة سيئي النية حين التعاقد كان للمستحق أخذ ما استحقه، ولا شيء عليه لأحد منهما.

٤ - وإن كان أحدهما سيئ النية والآخر حسنها ترتب لحَسَنِ النية منهما على المستحق تعويض عادل، بحسب العرف عما أفاد الشجر أو الثمر بنفقته أو بعمله ».

***

❁ (مادة ٧٢٢): إذا عجز العامل عن العمل أو كان غير مأمون على الثمر جاز فسخ المساقاة[1].

« تفسخ المساقاة بالأعذار، ومنها كون العامل عاجزًا عن العمل »[2]، فإنها لو لم تفسخ لزمه استئجار الأُجراء، فيلحق به ضرر لم يلتزمه بعقد المساقاة، والضرر مرفوع[3].

وهذا ما نصت عليه المادة (٨٢٠) مدني عراقي، (٧٤٣) مدني أردني، ولفظها: « إذا عجز المساقي عن العمل، أو كان غير مأمون على الثمر جاز لصاحب الشجر فسخ المساقاة، وعليه أجر مثل عمل المساقي قبل الفسخ ».

***

❁ (مادة ٧٢٣): إذا دفع أحد الشريكين للآخر الشجر مساقاة، وشرط له أكثر من قدر نصيبه لا يجوز، ويكون الخارج بينهما نصفين على قدر نصيبهما، ولا أجر له، فإن شرط أن يكون

(١) يستفاد من الدر أواخر المساقاة : ٥/ ١٨٥، ونهاية المحتاج : ٥/ ٢٦٠.

(٢) الدر المختار : ٦/ ٢٩١، ٥/ ١٨٥.

(٣) درر الحكام شرح غرر الأحكام المادة (٣٢٩).

الخارج بينهما نصفين جاز[١].

تعني هذه المادة أنه لا يصح شرط شيء معلوم من الخارج أكثر من النصيب الشائع؛ لانقطاع الشركة بهذا الشرط في هذا القدر المشروط، ويسري الفساد إلى المعاملة، فيوزع الخارج بينهما نصفين، وقد نصُّوا على أنه لو دفع الشجر لشريكه مساقاة لم يجز إذا شرط له أكثر من قدر نصيبه، ولا أجر له؛ لأنه شريك فيقع العمل لنفسه، والأصل في هذا أن المساقاة عقد شركة بين العامل ورب الأرض، فتقتضي أن يكون الخارج بين العامل ورب الأرض، وأن تكون حصة كل منهما مقدرة بنسبة شائعة، فإذا اشترط أحدهما شيئًا معينًا كعشرين كيلة انقطعت الشركة وفسدت المساقاة، وجرت أحكام المساقاة الفاسدة، ومنها قسمة الخارج بينهما نصفين؛ لفساد التسمية.

وقد نصت المادة (٧٣٧) من القانون المدني الأردني على أنه: « يشترط لصحة المساقاة أن تكون حصة كل من الطرفين في الغلة مقدرة بنسبة شائعة ».

وتستند هذه المادة إلى ما جاء في المواد (١٤٤١، ١٤٤٤، ١٤٤٦) من المجلة العدلية.

***

(مادة ٧٢٤): إذا مات العامل بطلت المساقاة، فإن كان على الشجر ثمر لم يدرك فورثته بالخيار، إن شاؤوا قاموا عليه حتى يدرك الثمر، وإن كره ذلك صاحب الأرض، وإن شاؤوا قطعه لا يجبرون على العمل، فيخير الآخر بين أن يقسم البسر على الشرط المتفق عليه، وبين أن يعطيهم قيمة نصيبهم من البسر، وبين أن ينفق على البسر حتى يبلغ، فيرجع بما أنفقه في حصتهم من الثمر[٢].

ولو مات العامل فلورثته أن يقوموا عليه، وليس لرب الأرض أن يمنعهم من ذلك؛ لأن فيه النظر من الجانبين، فإن أرادوا أن يعطوه بسرًا كان صاحب الأرض بين الخيارات الثلاثة[٣]، المذكورة في المادة.

وفي الجوهرة النيرة: وإن مات العامل فلورثته أن يقوموا عليه وإن كره صاحب النخل؛ لأن فيه النظر من الجانبين، وإن أرادوا أن يصرموه بسرًا كان صاحب النخل بين خيارات ثلاثة: إن شاؤوا صرموه وقسموه، وإن شاؤوا أعطوه قيمة نصيبه، وإن شاؤوا أنفقوا

(١) يستفاد من الدر ورد المحتار : ٦/ ٢٩٢ من أواخر المساقاة ص : ١٨٥.
(٢) يستفاد من الدر ورد المحتار من أوسط المساقاة ص : ١٨٤.
(٣) تبيين الحقائق : ٥/ ٢٨٥.

على البسر حتى يبلغ ويرجعون بما أنفقوا.

وهذا يتفق مع ما ورد في المادة (٥٠٨) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، والتي تنص على أنه : إذا مات العامل، والخارج بسر فلورثته القيام على الشجر حتى ينضج، وإن كره ذلك رب الشجر، فإن أبوا كان لصاحب الشجر الخيارات المذكورة في المادة (٥٠٥)، والتي تنص على أنه: إذا انقضت مدة المساقاة والخارج بسر كان للعامل أن يقوم عليها بغير أجر حتى ينضج الثمر، فإن أبى كان صاحب الشجر بالخيار، إما أن يقتسم البسر على الشرط المتفق عليه، أو يعطيه قيمة نصيبه من البسر، أو ينفق على البسر حتى يبلغ ثم يرجع بما أنفق في حصة العامل من الثمر.

***

(مادة ٧٢٥): إذا مات رب الأرض والثمر غض يقوم العامل كما كان، وإن كره ذلك ورثة صاحب الأرض، وإن أراد العامل القطع لم يجبر على العمل، ويخير ورثة رب الأرض بالخيارات الثلاثة المارة[1].

معنى هذه المادة أنه: إن مات رب الأرض والخارج بسر، فللعامل أن يقوم عليه كما كان يقوم قبل ذلك إلى أن يدرك الثمر، وإن كره ذلك ورثة رب الأرض استحسانًا، فيبقى العقد دفعًا للضرر عنه، ولا ضرر فيه على الآخر « ولو التزم العامل الضرر، وأراد قطع الثمر قبل تمام نضجه يتخير ورثة الآخر بين أن يقسموا البسر على الشرط، وبين أن يعطوه قيمة نصيبه من البسر، وبين أن ينفقوا على البسر حتى يبلغ، فيرجعوا بذلك في حصة العامل من الثمر؛ لأنه ليس له إلحاق الضرر بهم »[2].

وإذا مات رب الشجر والخارج بسر كان للعامل أن يقوم عليه إلى أن ينضج الثمر، وإن كره ذلك ورثة رب الشجر، فإن أبى كان لورثة رب الشجر[3] الخيارات الثلاثة السابقة.

وقد أجملت المادة (٧٤٥) مدني أردني حكم هذه المادة وسابقتها، ونصها:

١ - « لا تنفسخ المساقاة بوفاة صاحب الشجر، وليس لورثته منع المساقي من عمله طبقًا للعقد.

---

(١) يستفاد من الدر وحاشيته : ٦/ ٢٩٠، ففيه أنه : «إن مات الدافع يقوم العامل كما كان، وإن كره ورثة الدافع؛ دفعًا للضرر.

(٢) انظر العناية شرح الهداية : ٩/ ٤٨٢.

(٣) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (٥٠٧) الطبعة التمهيدية، مجمع البحوث الإسلامية.

٢ - أما إذا توفي المساقي فلورثته الخيار بين فسْخ العقد أو الاستمرار في العمل، فإن اختاروا الفسخ والثمر لم ينضج استحقوا عند نضجه ما يصيب مورثهم منه، بنسبة ما عمل حتى وفاته.

٣ - وإذا كان مشروطًا على المساقي أن يعمل بنفسه تنفسخ المساقاة بوفاته، ويستحق ورثته عند نضج الثمار ما يصيبه منها بنسبة عمله ».

***

❁ (مادة ٧٢٦): إذا مات كل من صاحب الأرض والعامل والثمر غض، فالخيار في القيام عليه وعدمه لورثة العامل، فإن شاؤوا أقاموا على العمل إلى بُدو صلاح الثمر، وإن شاؤوا ردوه ويكون الخيار لورثة صاحب الأرض، على الوصف المتقدم في المادة السالفة[1].

« وإن ماتا جميعًا فالخيار لورثة العامل لقيامهم مقامه، وهذا خلافة في حق مالي، وهو ترك الثمار على الأشجار إلى وقت الإدراك، فيورث، بخلاف خيار الشرط، فإن أبى ورثة العامل أن يقوموا عليه كان الخيار في ذلك لورثة رب الأرض »[2].

والإجمال أنه: إذا مات كل من صاحب الشجر والعامل، كان لورثة العامل القيام على الشجر حتى ينضج، وإن كره ذلك ورثة رب الشجر، فإن أبوا فلورثة رب الشجر[3] الخيارات المذكورة في المادة (٥٠٥).

وتوضيح هذه المواد الثلاث وما يقابلها في القانون المدني الأردني: أن صاحب الشجر إذا مات لا تنفسخ المساقاة، وليس لورثته منع العامل المساقي من الاستمرار في عمله، أما إذا توفي المساقي فلورثته الخيار بين فسخ العقد أو الحلول محل مورثهم والاستمرار في القيام بعمله، إلا إذا كان مشروطًا على المساقي أن يعمل بنفسه فإن المساقاة تنفسخ بوفاته، وهذا هو ما جاء في المادة (١٤٤٨) من المجلة العدلية، ويلاحظ الخلاف بين المذهبين الحنفي والشافعي في موضوع وفاة أحد طرفي المساقاة؛ إذ يقضي المذهب الحنفي بالانفساخ، على حين يأخذ المذهب الشافعي بعدم الانفساخ بوفاة أحد طرفي المساقاة.

***

---

(١) وفي الدر المختار ٦/ ٣١٠ : « وإن ماتا فالخيار في ذلك لورثة العامل ».

(٢) تبيين الحقائق : ٥/ ٢٨٥، ٢٨٦.

(٣) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (٥٠٩) الطبعة التمهيدية، القسم الثاني، مجمع البحوث الإسلامية.

❁ **(مادة ٧٢٧): الأعمال اللازمة للثمر قبل إدراكه كسقي وتلقيح وحفظ تلزم العامل، والأعمال اللازمة بعد إدراك الثمر كالجذاذ ونحوه تلزم كلًّا من العاقدين[1].**

مقتضى عقد المساقاة في التناول الفقهي وفي أعراف الناس أن: « أعمال المساقاة قبل الإدراك على العامل، وبعدها قبل القسمة عليهما بالحصص، وبعد القسمة على كل واحد منهما في نصيبه خاصة.

توضيحه: أعمال المساقاة قبل الإدراك كسقي وتلقيح وحفظ على العامل، وما بعده كجذاذ وحفظ عليهما »، وما كان بعد القسمة كالعمل بالنقل إلى البيت والطحن وأشباههما على كلٍّ واحد منهما في نصيبه خاصة؛ لتميز ملك كلٍّ واحد منهما عن ملك الآخر.

وقد أجملت ذلك المادة (٧٤٠) مدني أردني، ونصها:

« الأعمال والنفقات التي تحتاج إليها المساقاة تتبع فيها الأحكام التالية، ما لم يتفق على خلافها:

١ - الأعمال التي يحتاج إليها في خدمة الشجر ونمو الغلة وجودتها والمحافظة عليها إلى أن تدرك، كالسقي وتلقيح الشجر وتقليمه تكون على عهدة المساقي، وأما الأعمال الثابتة التي لا تتكرر كل سنة كحفر الآبار، وإقامة مستودعات لحفظ الغلة فهي على صاحب الشجر.

٢ - النفقات المالية التي يحتاج إليها الاستغلال والعناية المعتادة، كثمن سماد وأدوية لمكافحة الحشرات إلى حين إدراك الغلة تلزم صاحب الشجر.

٣ - أما النفقات التي يحتاج إليها بعد إدراك الغلة، كنفقة القطاف والحفظ فتلزم الطرفين كلًّا بنسبة حصته في الغلة.

***

(١) يستفاد حكمها من الدر أواخر المساقاة : ٦/ ٢٩١.

كتاب الشركة



❁ (مادة ٧٢٨)[١]: **الشركة على نوعين: شركة بملك، وشركة بعقد**[٢].

الشركة بكسر فسكون كنعمة، أو بفتح فكسر ككلمة، ويجوز مع الفتح أيضًا إسكان الراء: اسم مصدر شرك، كعلم، يقال: شرك الرجل الرجل في البيع والميراث يشركه شركًا وشركة: خلط نصيبه بنصيبه، أو اختلط نصيباهما.

فالشركة في اللغة إذن: خلط النصيبين واختلاطهما، والعقد الذي يتم بسببه خلط المالين حقيقة أو حكمًا؛ لصحة تصرف كل خليط في مال صاحبه يسمى شركة تجوزًا، من إطلاق المسبب وإرادة السبب، وقد لحظ الشافعية هذا المعنى اللغوي في تصورهم الفني لعقد الشركة على أحكام هذا العقد لديهم، كما هو واضح في إبطالهم الشركات التي لا تقبل اختلاط أموال الشركاء كالأبدان والوجوه.

والشركة في الاصطلاح الفقهي قسمان: شركة ملك، وشركة عقد، والأصل في جواز الشركة ما روي « أن السائب بن شريك جاء إلى رسول اللَّه ﷺ فقال: « **أتعرفني؟** » فقال: وكيف لا أعرفك، وكنت شريكي، وكنت خير شريك لا تداري، ولا تماري »[٣]. أي: لا تداجي، ولا تخاصم. وبُعِثَ رسول اللَّه ﷺ والناس يفعلون ذلك فأقرهم عليه، وقد تعامله الناس من بعد رسول اللَّه ﷺ إلى يومنا هذا من غير نكير منكر[٤].

وقد نصت المادة (١٠٤٥) من مجلة الأحكام العدلية على أن: الشركة في الأصل هي اختصاص ما فوق الواحد من الناس بشيء، وامتيازهم بذلك الشيء، لكن تستعمل أيضًا عرفًا واصطلاحًا في معنى عقد الشركة الذي هو سبب لهذا الاختصاص، فلذلك تقسم الشركة بصورة مطلقة إلى قسمين، أحدهما: شركة الملك، وتحصل بسبب من أسباب التملك كالاشتراء والاتهاب، والثاني: شركة العقد، وتحصل بالإيجاب والقبول بين الشركاء[٥].

وهي في المادة (٥٨٢) مدني أردني: « عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يساهم كلٌّ منهم في مشروع مالي بتقديم حصته من مال أو من عمل؛ لاستثمار ذلك المشروع واقتسام

---

(١) ذكر رقم هذه المادة خطأ في طبعة دار الفرجاني : ٨٢٨.

(٢) يستفاد من الدر أوائل الشركة ص : ٣٣٣، ٣٣٦.

(٣) سنن أبي داود : ٤/ ٢٦٠ برقم: ٤٨٣٦.

(٤) الموسوعة الفقهية الكويتية : ٢٦/ ٢٠، المبسوط للسرخسي : ١١/ ١٥١، فتح القدير : ٦/ ١٥٣، بدائع الصنائع : ٦/ ٨٥، الاختيار : ٢/ ٧٥، تبيين الحقائق : ٣/ ٣١٣، الفتاوى الخانية بهامش الهندية : ٣/ ٦١١، حاشية الطحطاوي : ٢/ ٥١١، مجمع الأنهر : ١/ ٧٢٢، النظام المصرفي في الإسلام د. محمد سراج ص : ١٥١.

(٥) انظر شرح مجلة الأحكام : ٣/ ٦.

ما قد ينشأ عنه من ربح أو خسارة، وتقابل هذه المادة المواد (٤٧٣) مدني سوري، (٦٢٦) عراقي، (٥٠٥) مصري.

***

(مادة ٧٢٩): شركة الملك هي أن يملك اثنان فأكثر عينًا أو دينًا بسبب من أسباب الملك[١].

شركة الملك أن يشترك رجلان في ملك مال، وذلك نوعان: ثابت بغير فعلهما كالميراث، وثابت بفعلهما، وذلك بقبول الشراء، أو الصدقة أو الوصية، والحكم واحد، وهو أن ما يتولد من الزيادة يكون مشتركًا بينهما بقدر الملك، وكل واحد منهما بمنزلة الأجنبي في التصرف في نصيب صاحبه[٢].

وقد نصت المادة (١٠٦٠) من مجلة الأحكام العدلية على أن: شركة الملك هي كون الشيء مشتركًا بين أكثر من واحد، أي مخصوصًا بهم بسبب من أسباب التملك، كالاشتراء والاتهاب وقبول الوصية والتوارث، أو بخلط واختلاط الأموال يعني بخلط الأموال بعضها ببعض بصورة لا تكون قابلة للتمييز والتفريق، أو باختلاط الأموال بتلك الصورة بعضها ببعض.

مثلًا: لو اشترى اثنان مالًا، أو وهبه أحدٌ لهما، أو أوصى به وقبلا، أو ورث اثنان مالًا فيكون ذلك المال مشتركًا بينهما، ويكونان ذوي نصيب في ذلك المال ومتشاركين فيه، ويكون كل منهما شريك الآخر فيه، كذلك إذا خلط اثنان ذخيرتهما بعضها ببعض، أو اختلطت ذخيرتهما ببعضهما بانخراق عدوٍ لهما، فتصير هذه الذخيرة المخلوطة أو المختلطة مالًا مشتركًا بين الاثنين[٣].

وشركة الأملاك: أن يملك اثنان أو أكثر عينًا أو دينًا بسبب من أسباب الملك[٤].

وتتفق هذه المادة مع المادتين (٨٢٤، ٨٢٥) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[٥].

فقد نصت المادة (٨٢٤) على أنه: « إذا تعدد أصحاب الحق العيني على شيء، غير

---

(١) يستفاد من الدر أوائل الشركة ص: ٣٣٣، ٣٣٦.

(٢) المبسوط للسرخسي: ١١/ ١٥٢. (٣) انظر شرح مجلة الأحكام: ٣/ ١٤، ١٥.

(٤) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (٤٠٣) الطبعه التمهيدية، القسم الثاني، مجمع البحوث الإسلامية.

(٥) المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة (٨٢٤، ٨٢٥) ص: ٣٢٦.

مفرزة حصة كلٍّ منهم فيه، فهم شركاء على الشيوع، وتكون حصصهم متساوية، ما لم يثبت غير ذلك »[1].

ونصت المادة (٨٢٥) على أنه: « تسري النصوص التالية على الملكية الشائعة، كما تسري على الحقوق العينية الشائعة الأخرى، ما لم تتعارض مع طبيعة الحق أو ما يقرره القانون ».

***

● (مادة ٧٣٠): شركة الملك نوعان: شركة اختيارية، وشركة جبرية.

الشركة الاختيارية هي: أن يملك الشريكان أو الشركاء مالًا، بشراء أو هبة أو وصية أو خلط لأموالهم باختيارهم.

والشركة الجبرية هي: أن يملك الشريكان أو الشركاء مالًا، بإرث أو باختلاط المالين بلا اختيار المالكين اختلاطًا لا يمكن معه تمييزهما حقيقة، بأن كانا متحدي الجنس، أو يمكن التمييز بينهما بمشقة وكلفة، بأن كانا مختلفين جنسًا[2].

نصت المادة (١٠٦٢) من مجلة الأحكام العدلية على أنه: تنقسم شركة الملك قسمين: اختياري وجبري، وفي المادة (١٠٦٣) أن الشركة الاختيارية هي الاشتراك الحاصل بفعل المتشاركين، كالاشتراك الحاصل في صورة الاشتراء والاتهاب، وبخلط الأموال المبين آنفًا، وفي المادة (١٠٦٤) أن: الشركة الجبرية هي الاشتراك الحاصل بغير فعل المتشاركين، كالاشتراك الحاصل في صورة التوارث واختلاط المالين[3].

***

● (مادة ٧٣١): شركة العقد هي عبارة عن عقد بين المتشاركين في رأس المال وفي الربح[4]، وهي أنواع: شركة بالمال، وشركة بالأعمال، وشركة وجوه، وكلٌّ من هذه الثلاثة إما مفاوضة أو عنان[5].

شركة العقد أن يقول أحدهما: شاركتك في كذا، ويقبل الآخر؛ لأنه عقد من العقود

---

(١) هذه المادة تقابل المادة (٨٢٥) من القانون المدني المصري التي تنص على أنه: «إذا ملك اثنان أو أكثر شيئًا، غير مفرزة حصة كل منهم فيه، فهم شركاء على الشيوع، وتحسب الحصص متساوية، إذا لم يقم دليل على غير ذلك»، والمواد (٨١٨) كويتي، (١٠٦١) عراقي، (١٠٢٠) مدني أردني.

(٢) يستفاد حكمها من الدر ورد المحتار أوائل الشركة ص : ٣٣٣.

(٣) انظر شرح مجلة الأحكام : ٣/ ٢٠.

(٤) يستفاد حكمها من الدر وحاشية الطحاوي من أوائل الشركة ص : ٥١١، ٥١٤.

(٥) تبيين الحقائق : ٣/ ٣١٣، المادة (١٣٢٩، ١٣٣٢) من مجلة الأحكام.

فلا بد من الإتيان بركنه وهو الإيجاب والقبول، بأن يقول: شاركتك في بزٍّ أو نحوه أو في عموم التجارات. ثم شركة العقود على ثلاثة أوجه: شركة بالمال وشركة بالأعمال وشركة بالوجوه، وكل قسم ينقسم إلى قسمين: مفاوضة وعنان، فصارت ستة أقسام. وعقد الشركة جائز لأنه - عليه الصلاة والسلام - بُعث والناس يتعاملون فأقرهم عليه وروي أن السائب قال للنبي ﷺ: « **كنت شريكي في الجاهلية فكنت خير الشريك كنت لا تداريني ولا تماريني** »[(١)] وقال ﷺ: « **إن اللّٰه تعالى يقول: أنا ثالث الشريكين ما لم يَخُنْ أحدهما صاحبه فإذا خانه خرجت من بينهما** »[(٢)] وروى البخاري وأحمد: أن زيد بن أرقم والبراء بن عازب كانا شريكين فاشتريا فضة بنقد ونسيئة فبلغ النبي ﷺ فأمرهما أن « **ما كان بنقد فخذوه وما كان بنسيئة فذروه** »[(٣)] فعلم بذلك أن شركة العقد مشروعة.

فأما العنان: فهو مشتق من قول القائل: عَنَّ لي كذا أي عرض. قال امرؤ القيس:

فعنَّ لنا سرب كأن نعاجه عذارى دوار في ملاء مُذبَّل

أي: عرض، وزعم بعض أهل الكوفة أن هذا شيء أحدثه أهل الكوفة، ولم يتكلم به العرب، وليس كذلك؛ فقد قال النابغة الجعدي:

وشاركْنا قريشًا في تقاها وفي أحسابها شرك العنان

وقيل: هو مأخوذ من عنان الدابة، على معنى أن راكب الدابة يمسك العنان بإحدى يديه، ويعمل بالأخرى، وكل واحد من الشريكين يجعل عنان التصرف في بعض المال إلى صاحبه دون البعض، أو على معنى أن للدابة عنانين: أحدهما أطول، والآخر أقصر، فيجوز في هذه الشركة أن يتساويا في رأس المال، والربح، أو يتفاوتا؛ فسميت عنانًا لهذا.

وأما المفاوضة فقد قيل: اشتقاقها من التفويض؛ فإن كل واحد منهما يفوض التصرف إلى صاحبه في جميع مال التجارة.

وقيل: اشتقاقها من معنى الانتشار، يقال: فاض الماء إذا انتشر واستفاض الخير يستفيض إذا شاع. فلما كان هذا العقد مبنيًّا على الانتشار والظهور في جميع التصرفات سمي مفاوضة.

وقيل: اشتقاقها من المساواة، قال القائل:

لا تصلح الناس فوضى لا سراة لهم ولا سراة إذا جُهَّالهم سادوا

يعني: متساوين. فلما كان هذا العقد مبنيًّا على المساواة في المال والربح؛ سمي مفاوضة.

---

(١) سنن أبي داود: ٤/ ٢٦٠ برقم: ٤٨٣٦. (٢) سنن ابي داود: ٣/ ٢٥٦ برقم: ٣٣٨٣.
(٣) صحيح البخاري: ٢/ ٨٨٤ برقم: ٢٣٦٥.

وأما شركة الوجوه: تسمى شركة المفاليس، وهو أن يشترك الرجلان بغير رأس مال على أن يشتريا بالنسيئة، ويبيعا. سميت بهذا الاسم على معنى أن رأس مالهما وجههما، فإنه إنما يباع في النسيئة ممن له في الناس وجه، وشركة التقبل: أن يشترك صانعان في تقبل الأعمال كالخياطة والقصارة، ونحو ذلك، وتسمى: شركة الأبدان؛ لأنهما يعملان بأبدانهما، وشركة الصنائع؛ لأن رأس مالهما صنعتهما.

وهذا ما تناولته المادة (١٣٢٩) من مجلة الأحكام العدلية، والتي نصت على أنه: « شركة العقد عبارة عن عقد شركة بين اثنين أو أكثر على كون رأس المال والربح مشتركًا بينهم، بما أنه قد شرط أن يكون رأس المال والربح مشتركًا، فتخرج من التعريف المضاربة التي فيها الربح مشترك ورأس المال غير مشترك، كما أنه تخرج البضاعة التي لم يكن ربحها مشتركًا[١] وبهذا فإن شركة العقود أربعة أنواع: شركة مفاوضة، وشركة عنان، وشركة صنائع، وشركة وجوه »[٢].

***

(مادة ٧٣٢): يشترط لجواز شركة العقد أن يكون المعقود عليه قابلًا للوكالة، وأن يكون الربح معلوم القدر، وأن يكون جزءًا شائعًا في الجملة لا معينًا[٣].

من شروط شركة العقود، أن يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلًا للوكالة؛ ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركًا بينهما، فيتحقق حكمه المطلوب منه، أما التصرف غير القابل للوكالة فلا يرد عقد الشركة، كأن تكون الشركة في التكدي والاحتشاش والاحتطاب والاصطياد، فإن الملك في هذه الصور يقع لمن باشر سببه خاصًا لا على وجه الاشتراك وإنما اشتراط هذا الشرط؛ لأن من حكم الشركة ثبوت الاشتراك في المستفاد بالتجارة، ولا يصير المستفاد بالتجارة مشتركًا بينهما إلا أن يكون كل واحد منهما وكيلًا عن صاحبه، وعاملًا لنفسه حتى يصير المستفاد مشتركًا بينهما، فصار كل واحد منهما وكيلًا عن صاحبه بمقتضى عقد الشركة.

---

(١) انظر شرح مجلة الأحكام: ٣/ ٣٤٠.

(٢) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (٤٠٧)، الطبعة التمهيدية، القسم الثاني، مجمع البحوث الإسلامية.

(٣) يستفاد الحكم من الدر من أوائل الشركة ص: ٣٣٧، ومن الهندية في أواخر الباب الأول في بيان أنواع الشركة ص: ٣٦٥.

ويشترط كذلك[١]: أن يكون الربح معلوم القدر، فإن كان مجهولًا تفسد الشركة؛ لأن الربح هو المعقود عليه، وجهالته توجب فساد العقد كما في البيع والإجارة.

كما يشترط أن يكون الربح جزءًا شائعًا في الجملة، لا معينًا، فإن عينا عشرة أو مائة أو نحو ذلك كانت الشركة فاسدة؛ لأن العقد يقتضي تحقق الشركة في الربح، والتعيين يقطع الشركة؛ لجواز أن لا يحصل من الربح إلا القدر المعين لأحدهما، فلا يتحقق الشركة في الربح.

وقد نصت المادة (١٣٣٣) من مجلة الأحكام العدلية على أنه: « يتضمن كل قسم من شركة العقد الوكالة، وذلك أن كل واحد من الشركاء وكيل للآخر في تصرفه، يعني في البيع والشراء وفي تقبل العمل من الغير بالأجرة، فلذلك كما أن العقل والتمييز شرط في الوكالة فيشترط على العموم في الشركة أن يكون الشركاء عاقلين ومميزين أيضًا »[٢].

ويشترط لصحة شركة العقود أن يكون التصرف المعقود عليه قابلًا للوكالة[٣].

***

(١) بدائع الصنائع : ٦/ ٥٩.

(٢) انظر شرح مجلة الأحكام : ٣/ ٣٤٩.

(٣) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (٤٠٦)، الطبعة التمهيدية، القسم الثاني، مجمع البحوث الإسلامية.

الباب الأول
في تصرفات الشركاء في الأعيان المشتركة

(مادة ٧٣٣): لكل واحد من الشركاء في الملك أن يتصرف في حصته كيف شاء، بدون إذن شريكه، بجميع التصرفات التي لا يترتب عليها ضرر لشريكه، فله بيع حصته ولو من غير شريكه بلا إذن، إلا في صورة الخلط والاختلاط[١] فإنه لا يجوز البيع من غير شريكه بلا إذنه، وليس له أن يتصرف في حصته تصرفًا مضرًّا بدون إذن شريكه[٢].

الملكية الشائعة كالملكية المفرزة تتضمن عناصرها الثلاثة، وهي: الاستعمال والاستغلال والتصرف، إلا أن الاستعمال والاستغلال يتقيدان بحقوق الشركاء الآخرين؛ منعًا للإضرار بهم، ولذا فإن لكل واحد من الشركاء في الملك بيع حصته ولو من غير شريكه بلا إذن، إلا في صورة الخلط لماليهما بفعلهما، كحنطة بشعير، وكبناء وشجر وزرع مشترك، وكل تصرف لا يضر كالانتفاع ببيت وخادم وأرض في غيبة شريكه، إلا في صورة الخلط والاختلاط، فإنه لا يجوز البيع من غير شريكه بلا إذنه.

والفرق أن الشركة إذا كانت بينهما من الابتداء، بأن اشتريا حنطة أو ورثاها كانت كل حبة مشتركة بينهما، فبيع كل منهما نصيبه شائعًا جائز من الشريك والأجنبي، بخلاف ما إذا كانت بالخلط أو الاختلاط؛ لأن كل حبة مملوكة بجميع أجزائها لأحد الشريكين، وليس للآخر فيها شركة، فإذا باع نصيبه من غير الشريك لا يقدر على تسليمه إلا مخلوطًا بنصيب الشريك، فيتوقف على إذنه، بخلاف بيعه من الشريك للقدرة على التسليم والتسلم[٣].

والمراد بالخلط كما في رد المحتار: خلط النصيبين بحيث لا يتميز أحدهما عن الآخر، أما الاختلاف فصفة للمال تثبت من فعل الشريكين، وحكمه عدم إجازته البيع بغير إذن الشريك في صورة الخلط.

والاختلاط هو: تعذر تسليم النصيب الشائع إلا مختلطًا بنصيب الشريك الآخر، ولذا يتوقف البيع أو التصرف على إذنه.

---

(١) هذه المادة تتفق مع المادة (٨٣٨) مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، انظر المادة (١٢) من هذا الكتاب.

(٢) يستفاد حكمها والتي بعدها من الدر ورد المحتار أوائل كتاب الشركة ص : ٣٣٣.

(٣) الدر المختار : ٤/ ٣٠٠.

وهذا هو ما جاء في المادة (١٠٣٢) مدني أردني، ونصها: «للشريك على الشيوع بيع حصته بلا إذن الشريك الآخر، إلا في صورة الخلط والاختلاط فإنه لا يجوز البيع بغير إذن شريكه، وليس له أن يتصرف في حصته تصرفًا مضرًا بدون إذن شريكه».

وهذه المادة تقابل المواد (٧٨١) سوري، و (٨٢٦) مصري، و (١٠٦١) عراقي.

ومثل الخلط والاختلاط: بيع ما فيه ضرر على الشريك، أو البائع، أو المشتري، كبيع الحصة من البناء أو الغراس، وبيع بيت معين من دار مشتركة، ولو كان الخلط والاختلاط بفعل أحدهما بلا إذن الآخر، فإن الخالط يملك مال الآخر ويكون مضمونًا عليه بالمثل للتعدي.

وقد أفتى ابن نجيم بأنه: لو باع أحد الشريكين في البناء حصته لأجنبي لا يجوز، ولشريكه جاز، وأفتى أيضًا بأنه: لو باع حصته من الزرع لأجنبي بلا رضا شريكه لا يجوز، وفي الخيرية: صرحوا بأن بيع الحصة في البناء والغرس لغير الشريك لا يجوز.

ولو كان بينهما شركة في مال خلطاه ليس لواحد منهما أن يسافر بالمال بغير إذن شريكه، فإن سافر به فهلك إن كان قدرًا له حمل ومؤنة ضمن، وإن لم يكن له حمل ومؤنة لا يضمن.

وقد نصت المادة (٢١٥) من مجلة الأحكام العدلية على أنه: « يصح بيع الحصة المعلومة الشائعة بدون إذن الشريك ».

ويجوز لأحد الشريكين في شركة الأملاك بيع نصيبه لشريكه مطلقًا، ولغير شريكه بغير إذنه، إلا في صورة الخلط والاختلاط فإنه لا يجوز إلا بإذنه[1].

وقد نصت المادة (١٠٣١) مدني أردني على أنه:

١ - « لكل واحد من الشركاء في الملك أن يتصرف في حصته كيف شاء، دون إذن من باقي شركائه، بشرط ألا يلحق ضررًا بحقوق سائر الشركاء.

٢ - وإذا كان التصرف منصبًّا على جزء مفرز من المال الشائع، ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف، انتقل حق المتصرَّف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة، وإذا كان المتصرَّف إليه يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة حين العقد، فله الحق في إبطال التصرف أيضًا.

(١) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (٤٠٤) الطبعة التمهيدية، القسم الثاني، مجمع البحوث الإسلامية.

وتقابل هذه المادة المواد (١٠١٧) من المجلة العدلية، (٨٢٦) مدني مصري، (١٠٦١) عراقي، (٧٨١) سوري.

***

(مادة ٧٣٤)[١]: كل واحد من الشركاء كالأجنبي في الامتناع عن تصرف مضر في حصة شريكه، فليس له أن يتصرف فيها تصرفًا مضرًّا بأي وجه كان من غير رضاه، ولا أن يجبر شريكه على بيع حصته له أو لغيره[٢].

كل شريك له الحق في أن يستعمل الشيء الشائع ويستغله بقدر حصته، بشرط عدم المساس بحقوق الآخرين؛ لأن كل واحد من شركاء الملك أجنبي في حصة الآخر، فليس له الحق في أي تصرف في حصة صاحبه بغير إذنه؛ لأن المطلق للتصرف الملك أو الولاية ولا لكل واحد منهما في نصيب صاحبه ولاية بالوكالة أو القرابة؛ وسواء كانت الشركة في العين أو الدين؛ لما قلنا.

ولو كان بين رجلين دين على رجل من ثمن شيء باعاه، إما بألف درهم، أو ألف بينهما أقرضاه إياه، أو استهلك الرجل عليهما شيئًا قيمته ألف درهم، أو ورثا دينًا لرجل واحد عليه، فقبض أحدهما نصيبه أو بعض نصيبه، فللآخر أن يشاركه فيأخذ منه نصف ما قبضه، والأصل في هذا أن الدين المشترك الثابت للشريكين بسبب واحد إذا قبض أحدهما شيئًا منه فللآخر أن يشاركه في المقبوض؛ لأن المقبوض مقبوض من النصيبين؛ إذ لو جعل لأحدهما لكان ذلك قسمة الدين قبل القبض، وهو غير جائز؛ لأن معنى القسمة وهو التمييز لا يتحقق فيما في الذمة، فلا يتصور فيه القسمة.

ولهذا لم تصح قسمة العين من غير تمييز، كصبرة من طعام بين شريكين قال أحدهما لصاحبه: خذ منها لك هذا الجانب، ولي هذا الجانب لا يجوز؛ لانعدام التمييز، فإذا لم يصح في العين من غير تمييز ففي الدين أولى؛ ولأن القسمة فيها معنى التمليك؛ لأن ما من جزأين إلا وأحدهما ملكه والآخر ملك صاحبه، فكان نصيب كل واحد منهما بعد القسمة بعض ملكه، وبعضه عوضًا عن ملكه، فكان قسمة الدين تمليك الدين من غير من عليه الدين، وهو غير جائز، فجعل المقبوض من النصيبين جميعًا؛ لئلا يؤدي إلى ما قلنا، وكان له أن يأخذ نصف ما قبضه صاحبه بعينه، ليس للقابض أن يمنعه عنه بأن يقول: أنا أعطيك مثل نصف الدين؛ لأن نصف المقبوض مقبوض عن نصيبه، فكان عين حقه فلا يملك القابض منعه.

---

(١) ذكر رقم هذه المادة خطأً في طبعة دار الفرجاني: ٦٣٣.

(٢) الدر المختار: ٤/ ٣٠٠.

● (مادة ٧٣٥)[١]: يجوز لأحد الشريكين بيع حصته مشاعة من العقار المشترك وغيره لشريكه ولغير شريكه بلا إذنه، ما لم يترتب على ذلك ضرر للشريك[٢].

تقدم أن الملكية الشائعة كالملكية المفرزة في استحقاق المالك عناصرها الثلاثة، وهي: التصرف والاستغلال والاستعمال، ولا شك أن حقه في التصرف كحق المالك ملكية مفرزة، بشرط أن يقع تصرفه في حصته، ويجوز للمالك بيع عقاره الذي يملكه ملكًا تامًّا، كما يجوز له بيع الحصة الشائعة في العقار من الشريك، ومن الأجنبي مطلقًا، سواء قبلت العين المشتركة القسمة أم لا، إلا في حصة مشتركة بسبب الخلط في الحبوب ونحوها، فإنه يجوز من الشريك ولا يجوز من الأجنبي.

لكن يشترط لجواز بيع الحصة الشائعة عدم الضرر بالغير، فلا يجوز للشريك أن يبيع حصته من الزرع بدون الأرض قبل أوان قطعه؛ إذ يؤدي ذلك إلى ضرر الشريك الآخر بتعرض زرعه للقطع في سبيل التسليم إلى المشتري قبل أوان قطعه، كذلك لا يجوز أن يبيع أحد الشريكين جزءًا معينًا من مشترك، سواء أكان ذلك في أرض أو في بيت من دار، بخلاف بيعه جزءًا شائعًا من المشترك[٣].

وقد تضمنت المادة (١٠٣٢) هذا المعنى، ونصها: « للشريك على الشيوع بيع حصته بلا إذن الشريك الآخر، إلا في صورة الخلط والاختلاط فإنه لا يجوز البيع بغير إذن شريكه، وليس له أن يتصرف في حصته تصرفًا مضرًّا بدون إذن شريكه ».

وتقابل هذه المادة المواد (٧٨١) سوري، (٨٢٦) مدني مصري، (١٠٦١) مدني عراقي.

***

● (مادة ٧٣٦)[٤]: بيع ما فيه ضرر على الشريك غير جائز بلا إذنه، فلا يصح لأحد الشريكين في بناء أو شجر لم يبلغ أوان قطعه، أو زرع لم يدرك أن يبيع حصته فيه بدون الأرض لغير شريكه بلا إذنه، وله بيعه لشريكه.

تقدم أنه ليس للشريك أن يتصرف في حصة شريكه، كما أنه ليس له أن يتصرف في حصة

---

(١) ذكر رقم هذه المادة خطأ في طبعة دار الفرجاني : ٦٣٤.

(٢) يستفاد حكمها والتي بعدها من الدر ورد المحتار من أوائل كتاب الشركة ص : ٣٣٣، ٣٣٤.

(٣) الموسوعة الفقهية الكويتية : ٣٠/ ١٩٢.

(٤) ذكر رقم هذه المادة خطأ في طبعة دار الفرجاني : ٦٣٥.

نفسه تصرفًا مضرًا بشريكه؛ إعمالًا للقاعدة الكلية: لا ضرر ولا ضرار.

ولذا فإن بيع ما فيه ضرر على الشريك، كبيع الحصة من الزرع أو الغراس،لا يجوز بغير إذن الشريك إذا كان البيع لأجنبي؛ لتضمنه قطع الغراس أو الزرع لتسليم المبيع، وهو ما يؤدي إلى الإضرار بالشريك، وكذا لو باع حصته في حائط لأجنبي يريد هدمه؛ لأنه لا سبيل لذلك إلا بالتصرف في حصة الشريك الآخر[1].

وقد نصت المادة (١٠٧١) من مجلة الأحكام العدلية على أنه: « يجوز لأحد أصحاب الحصص التصرف مستقلًا في الملك المشترك بإذن الآخر، لكن لا يجوز له أن يتصرف تصرفًا مضرًا بالشريك ».

وهذا هو ما نصت عليه القوانين المدنية العربية، ففي المادة (٨٢٦) مدني مصري أن:

١ - « كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكًا تامًّا، وله أن يتصرف فيها، وأن يستولي على ثمارها، وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء.

٢ - وإذا كان التصرف منصبًّا على جزء مفرز من المال الشائع، ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف، انتقل حق المتصرَّف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة، وللمتصرَّف إليه إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة الحق في إبطال التصرف ».

وهو ما جاءت به المواد: (١٠٦١) مدني عراقي، (٨٢٩) كويتي، (١٠٣١) مدني أردني، (٧٨١) سوري.

***

(مادة ٧٣٧)[2]: إذا باع أحد الشريكين المال المشترك بدون إذن شريكه وسلَّمه للمشتري فهلك عنده، فللشريك الآخر أن يضمِّن شريكه أو المشتري، فإن ضمن الشريك جاز البيع وله كل الثمن، وإن ضمن المشتري رجع بنصف الثمن على بائعه، والبائع لا يرجع على أحد.

وكذلك الحكم إذا كان الشركاء ثلاثة، وباع أحدهم المال المشترك، وسلَّمه بإذن الآخر وبدون إذن الثالث، فللثالث تضمين شريكيه الآخرين أو تضمين المشتري[3].

---

(١) الدر المختار: ٤/ ٣٠٠.

(٢) ذكر رقم هذه المادة خطأ في طبعة دار الفرجاني: ٦٣٦.

(٣) يستفاد حكمها بتمامها من أوائل شركة التنقيح ص: ١٠٠، ١٠١، ومن الدر أيضًا من أواخر باب الشركة الفاسدة وحاشية رد المحتار: ٤/ ٣٠٢.

تقدم أن كل واحد من الشريكين أجنبي في مال الآخر، لا يجوز له التصرف في حصته إلا بإذنه، فيضمن أيهما يترتب على تصرفه في حصة الآخر ضمان الغاصب، ولذا فإنه لو كانت الدار مشتركة بينهما، وباع أحدهما بيتًا معينًا، أو نصيبه من بيت معين فللآخر أن يبطل البيع، وفي الواقعات: دارٌ بين رجلين باع أحدهما نصيبه لآخر لم يجز؛ لأنه إن باعه بشرط الترك أو بشرط القلع أو الهدم فلا يجوز؛ لأن فيه ضررًا بالشريك الذي لم يبع[١].

وفي الخانية: ولو كان بينهما شركة في مال خلطاه، ليس لواحد منهما أن يسافر بالمال بغير إذن الشريك، فإن سافر به فهلك فإن كان له حمل ومؤنة ضمن، وإن لم يكن له حمل ومؤنة لا يضمن.

وفي الظهيرية: ولو قال الآخر: ما اشتريت اليوم من أنواع التجارات فهو بيني وبينك، وقال الآخر: نعم، فهو جائز، وكذلك لو قال كل واحد منهما لصاحبه ذلك؛ لأن هذه شركة في الشراء، والشركة في الشراء جائزة، وليس لأحد منهما أن يبيع حصة الآخر مما اشترى إلا بإذن صاحبه؛ لأنهما اشتركا في الشراء لا في البيع[٢].

ولا يجوز لهما في عنان ومفاوضة تزويج العبد ولا الإعتاق، ولو على مال، ولا الهبة ولا القرض إلا بإذن شريكه إذنًا صريحًا فيه، وإذا قال له: اعمل برأيك، فله كل تجارة إلا القرض والهبة، والشريك بغيره فهلك إذا قال لشريكه: اعمل فيه برأيك فخلط مال الشركة أو المضاربة بماله أو بمال غيره لا يكون متعديًا، وإذا هلك لم يضمن، وإن لم يقل له ذلك يكون متعديًا بالخلط فيضمنه مطلقًا هلك أم لا، و إذا باع الشركاء حصتهم من الثمرة إلا واحدًا منهم عنادًا، والمشتري لا يرضى إلا بشراء الجميع، وكذا إذا آجروا إلا واحدًا منهم لا يجبر أن يبيع مع الشركاء، بل يبيعون حصتهم فقط؛ إذ تجذ الثمرة وتقسم، وكذلك في الدار الموقوفة لا يجبر على الإجارة، بل يؤجر شركاؤه حصصهم، المستأجرون يهايؤون الممتنع في السكنى بقدر أنصبائهم.

وتغل القوانين العربية كما تقدم يد الشريك عن التصرف في حصة شريكه إلا بإذنه، وهو ما نصت عليه المواد (٧٨١) سوري، (٨٢٦) مصري، (١٠٦١) عراقي، (١٠٣٢) أردني.

***

(١) انظر رد المحتار على الدر المختار: ٤/ ٣٠٣.

(٢) انظر تبيين الحقائق: ٣/ ٣٢١.

● (مادة ٧٣٨): إذا اختلط المالان بصنع مالكيهما أو بدون صنعهما، فلا يجوز لأحد الشريكين فيهما أن يبيع حصته بدون إذن شريكه، كما سبق في مادة (٦٣٠)[١] من أول الباب[٢].

« يصح للشريك بيع حصته ولو من غير شريكه بلا إذن، إلا في صورة الخلط لماليها بفعلهما كحنطة بشعير، وكبناء وشجر وزرع مشترك »[٣].

توضيحه أنه: لو اشتريا حنطة أو ورثاها كانت كل حبة مشتركة بينهما، فبيع كل منهما نصيبه شائعًا جائز من الشريك والأجنبي، بخلاف ما إذا كانت بالخلط والاختلاط؛ لأن كل حبة مملوكة بجميع أجزائها لأحدهما ليس للآخر فيها شركة، فإذا باع نصيبه من غير الشريك لا يقدر على تسليمه إلا مخلوطًا بنصيب الآخر، فيتوقف على إذنه، بخلاف بيعه من الشريك للقدرة على التسليم والتسلم[٤].

وهذا هو ما عبَّرت عنه المادة (١٠٣٢) مدني أردني، ونصها: « للشريك على الشيوع بيع حصته بلا إذن الشريك الآخر، إلا في صورة الخلط والاختلاط، فإنه لا يجوز البيع بغير إذن شريكه، وليس له أن يتصرف في حصته تصرفًا مضرًّا بدون إذن شريكه ».

والمراد بالخلط: خلط النصيبين بحيث لا يتميز أحدهما عن الآخر، أما الاختلاط فهو تعذر تسليم النصيب الشائع إلا مختلطًا بنصيب الشريك الآخر، ولذا يتوقف البيع أو التصرف على إذنه.

***

● (مادة ٧٣٩): إذا سكن أحد الشريكين في الدار المشتركة مدة من الزمن، وشريكه حاضر، فليس له أن يطالبه بأجرة المدة الماضية، ولا أن يطلب السكنى بقدر ما سكن الآخر، وإنما له أن يطلب قسمة الدار إفرازًا، إن كانت قابلة للقسمة أو يتهايأها مع شريكه، كما هو مذكور في المادة (٦٤٨) و (٦٤٩)[٥].

إن التصرف في ملك الغير حرام حقًّا للَّه تعالى وللمالك، ولا يمنع منه قضاء؛ لأن الإنسان لا يمنع عن التصرف فيما في يده لو لم ينازعه أحد، فلو أجَّر وأخذ الأجر يرد على شريكه

---

(١) ذكرت خطأً في طبعة دار الفرجاني : ٦٣٩ والمثبت هو الصحيح.

(٢) يستفاد حكمها من الدر ورد المحتار أوائل ترجمة كتاب الشركة ص : ٣٣٣، ٣٣٤.

(٣) جاء في الدر المختار : ٤/ ٣٠٠.

(٤) انظر فتح القدير : ٦/ ١٥٣.

(٥) يستفاد حكمها من التنقيح من أوائل الشركة ص : ١٠٤، ومن آخر باب الشركة الفاسدة من الدر ورد المحتار ص : ٣٥٧.

نصيبه لو قدر، وإلا تصدق به؛ لتمكن الخبث فيه لحق شريكه، فكان كغاصب أجَّر يتصدق بالأجر أو يرده على المالك، وأما نصيبه فيطيب له؛ إذ لا خبث فيه، هذا لو أسكن غيره، أما لو سكن بنفسه ليس له ذلك ديانة قياسًا، وله ذلك استحسانًا؛ إذ له أن يسكنها بلا إذن شريكه حال حضوره؛ إذ يتعذر عليه الاستئذان في كل مرة، على هذا أمر الدور فيما بين الناس، فكان له أن يسكن حال غيبته، بخلاف إسكان غيره[١].

وفي تنقيح الفتاوى الحامدية: سئل فيما إذا سكن أحد الشريكين في الدار المشتركة بينهما بطريق الملك مدة بلا إجارة ولا أجرة لحصة شريكه، والآن يكلفه شريكه الذي لم يسكن إلى دفع أجرة حصته في المدة المزبورة، أو يسكن في الدار بقدر ما سكن بدون وجه شرعي، فهل لا يلزمه ذلك؟

الجواب: نعم[٢].

وهذا ما تناولته المادة (١٠٨٣) من مجلة الأحكام العدلية، والتي نصَّت على أنه: إنما تعتبر وتجري المهايأة بعد الخصومة، فعليه: إذا سكن أحد صاحبي الدار المشتركة في جميع الدار مدة مستقلًا، بدون أن يدفع أجرة عن حصة الآخر فلا يسوغ لشريكه أن يقول له: إما أن تدفع لي أجرة حصتي عن تلك المدة وإما أن أسكن بقدر ما سكنت، إلا أن له إن شاء تقسيم الدار إن كانت قابلة للقسمة، وإن شاء طلب المهايأة، على أن تكون معتبرة من بعد ذلك، أي: من تاريخ المخاصمة، ولكن إذا غاب أحد الشريكين فسكن الحاضر في الدار المشتركة مدة كما بين في المادة الآنفة، فللغائب عند حضوره أن يسكن فيها بقدر تلك المدة.

***

❁ (مادة ٧٤٠): لكل من الشركاء السكنى في الدار المشتركة بقدر حصته[٣].

لكل شريك الحق في استعمال الشيء الشائع واستغلاله بقدر حصته، مع مرعاة حقوق سائر الشركاء، وذلك بمقتضى حق المالك في ملكه بالعناصر الثلاثة لهذا الحق، وهي: الاستعمال والاستغلال والتصرف، ولهذا فإن الدار المشتركة في حق السكنى وتوابعه مملوكة لكل من الشريكين على الكمال، وفي حدود حصته، ولا يجوز منعه من التصرف في نصيبه؛ لأنه لا يجوز لأحد منع الإنسان من التصرف في ملكه[٤].

---

(١) انظر البحر الرائق شرح كنز الدقائق : ٥/ ١٨٠.

(٢) انظر تنقيح الفتاوى الحامدية : ١/ ٩١.

(٣) يستفاد حكمها من التنقيح أوائل كتاب الشركة ص : ١٠٤.

(٤) انظر البحر الرائق شرح كنز الدقائق : ٥/ ١٨٢.

وقد نصت المادة (١٠٧٠) من مجلة الأحكام العدلية على أنه: يسوغ لأصحاب الدار المشتركة أن يسكنوا فيها معًا، يعني إذا اتفق جميعهم على السكنى معًا، وكانت الدار مساعدة لسكناهم معًا فلهم السكنى، ولا يحق لهم منع بعضهم منها، وقد بين في المادة (١٠٧٥) أن الدار المشتركة تعتبر ملكًا خاصًا لكل شريك على وجه الكمال في السكنى و توابعها، كالدخول والخروج، لكن إذا أدخل أحد الشركاء أجنبيًّا إلى تلك الدار فللآخر منعه، ولو كان إدخال ذلك الأجنبي بقصد الزيارة، كما أنه ليس للأجنبي أن يدخل الدار المشتركة بدون إذن جميع الشركاء؛ لأن هذا الدخول والإدخال هو تصرف في ملك الغير بلا إذن، وهو ممنوع، حتى إنه لا يجوز له الدخول إذا أذن له بعض الشركاء ولم يأذن الآخرون[1].

وفي القوانين العربية التعبير عن هذا الاتجاه؛ ففي المادة (٨٢٦) مدني مصري أن: « لكل شريك الحق في استعمال الشيء واستغلاله بقدر حصته، مع مراعاة حقوق سائر الشركاء ».

وتقابل هذه المادة المواد (١٠٣١) مدني أردني، (٨١٩) كويتي، (١٠٦١) عراقي، (٧٨١) سوري.

***

❁ (مادة ٧٤١): يجوز للشريك الحاضر أن ينتفع بكل الدار المشتركة في غيبة شريكه، إذا كان يعلم أن السكنى لا تنقصها، ولا أجر عليه لحصة شريكه الغائب، وليس للشريك إذا حضر أن يسكن قدر ما سكن شريكه[2].

الأصل ألَّا يمنع الإنسان من الانتفاع بما في يده لو لم ينازعه أحد، أو إذا إذن له فيه مالكه صراحة أو دلالة أو ضرورة، كالدار المشتركة تجعل حق السكنى وتوابعه كملك لكل من الشريكين على الكمال؛ إذ لو تجعل كذلك يمتنع كل منهما من دخول وقعود ووضع أمتعة، فيتعطل عليهما منافع ملكهما، وهو لم يجز، فصار الحاضر ساكنًا في ملك نفسه فكيف يلزم الأجر؟! وهذه المسائل كثيرة الوقوع فلتحفظ، وفي الخانية أنه: في الدار المشتركة إذا كان أحدهما غائبًا فإن للحاضر أن يسكن كل الدار بقدر حصته، وفي رواية: له أن يسكن من الدار قدر حصته، ولو خاف أن تخرب الدار بترك السكنى كان له أن يسكن كل الدار[3].

وقد نصت المادة (١٠٨١) من مجلة الأحكام العدلية على أن: « السكنى في الدار لا تختلف باختلاف المستعملين، فعليه: إذا غاب أحد صاحبي الدار فللآخر الانتفاع بالدار

---

(١) انظر شرح مجلة الأحكام العدلية : ٣/ ٢٦.
(٢) يستفاد من رد المحتار أواخر الغصب ص: ١٣١، ١٣٢.
(٣) انظر البحر الرائق شرح كنز الدقائق : ٥/ ١٨٢.

على وجه، كأن يسكن ستة أشهر فيها وأن يتركها ستة أشهر، لكن إذا كانت عائلته كثيرة فتصبح من قبيل المختلف باختلاف المستعملين، ولا يكون للغائب رضاء دلالة في ذلك »، وفي هذه الصورة يعد الغائب راضيًا عن انتفاع شريكه الحاضر بالملك المشترك، فعليه إذا غاب أحد صاحبي الدار المشتركة مناصفة يعني غير المقسومة، فالآخر مخير، إن شاء انتفع بتلك الدار بقدر حصته فقط، وهو أن يسكن جميع الدار المذكور بالذات ستة أشهر وأن يتركها ستة أشهر، وينتفع منها على هذا الوجه بقدر حصته، وعليه فله هذا الحق فيما لو غاب شريكه، ولا يحرم منه بسبب غيبة شريكه، ولأنه يتعذر الاستئذان في كل مرة من الشريك، والسكنى بالذات في الدار المشتركة على الوجه المبين في هذه المادة، وإن كانت غير جائزة ديانة قياسًا، إلا أنها قد جوزت استحسانًا[1].

***

(مادة ٧٤٢): يجوز للشريك الحاضر أن ينتفع بقدر حصته من الملك المشترك في غيبة شريكه بوجه لا يضره، بأن يكون الانتفاع مما لا يختلف باختلاف المستعمل[2].

مال أحد الشريكين أمانة في يد الآخر[3]، ولا يوجد رضاء من الغائب دلالة في الانتفاع بالملك المشترك الذي يختلف باختلاف المستعملين، بخلاف ما لا يختلف باختلاف المستعمل، كما تقدم في الدار المشتركة.

بناء عليه ليس لأحد صاحبي الثياب المشتركة لبسها في غياب الآخر، وكذلك ليس لأحدهما أن يركب البرذون المشترك بينهما في غياب الآخر. أما في الأمور التي لا تختلف باختلاف المستعملين، كتحميل الحمل والحرث، فله الاستعمال بقدر حصته، وكذلك إذا غاب أحد الشريكين فله استخدام الخادم المشترك يومًا بعد يوم، ويعد الشريك الغائب راضيًا عن انتفاع الشريك الحاضر بالملك المشترك على وجه غير مضرٍّ به.

وقد تقدم ذكر ما نصت عليه المادة (٨٢٦) مدني مصري، وأن لكل شريك الحق في استعمال الشيء الشائع واستغلاله بقدر حصته، مع مراعاة حقوق الآخرين، ويلاحظ أن الاستغلال والاستعمال في هذه المادة واردان على الشيء الشائع جميعه، وليس على الحصة الشائعة وحدها، ولكن ذلك مقيد بعدم الإضرار بسائر الشركاء، وأن يكون ذلك بقدر الحصة الخاصة بالشريك.

---

(١) انظر شرح مجلة الأحكام : ٣/ ٣٩.

(٢) يستفاد حكمها وما بعدها من تنقيح الحامدية من أوائل الشركة ص : ١٠٤.

(٣) جاء في رد المحتار : ٦/ ٢٩٨.

❁ (مادة ٧٤٣): لا يجوز للشريك الانتفاع بالملك المشترك في غيبة شريكه إن كان الانتفاع به يختلف باختلاف المستعمل.

كل ما اختلف باختلاف المستعملين يعتبر فيه التقييد[١]، ولا يحق لأيٍّ من الشركاء الانتفاع بما يجاوز حصته بدون إذن صريح من شركائه الآخرين، ولا يعد الشريك الآخر الغائب راضيًا دلالة باستعمال حصته في الشيء المشترك، إذا كان استعماله مما يختلف باختلاف المستعملين، فليس لأحد صاحبي الثياب المشتركة لبسها في غياب الشريك[٢].

***

❁ (مادة ٧٤٤): لا يجوز للشريك الحاضر أن يسكن في حصة شريكه الغائب، إذا كانت الحصص مفرزة، وإن سكنها وتخربت فعليه ضمانها[٣].

لا يجوز للحاضر أن يسكن في حصة الغائب في الدار المشتركة، إذا كانت حصصهما مفرزة ومقسومة عن بعضهما، حيث يكون ذلك من قبيل سكنى الأجنبي في دار الآخر من غير حق، وليس له إيجار تلك الحصة لآخر بلا أمر القاضي، قياسًا على المادة (١٠٨٤) من المجلة العدلية، والتي تنص على أنه: « إذا أجر الشريك الحاضر الدار المشتركة وأخذ حصته من أجرتها وحفظ حصة الغائب جاز، وحين حضور الغائب يأخذ حصته منه، لكن إذا سكن أحد الشريكين في حصة الآخر بعد إفراز الأنصباء فإنه يضمن ما سكنه من حصة غيره، بمعنى أنه إذا طرأ على قيمة هذه الحصة نقصان بسبب السكنى فإنه يضمن النقصان، مثلًا: لو هدم أحد محلًّا من الدار التي غصبها، أو انهدم بسبب سكناه وطرأ على قيمتها نقصان يضمن مقدار النقصان، كذلك لو احترقت الدار من النار التي أوقدها يضمن قيمتها مبنية »[٤]. ويعد الشريك الذي سكن حصة غيره بعد إفرازها غاصبًا، فيضمن ضمان الغاصب.

***

❁ (مادة ٧٤٥): يجوز للشريك الحاضر أن يزرع كل الأرض المشتركة في غيبة شريكه، إذا علم أن الزرع ينفعها ولا ينقصها، وليس للغائب بعد حضوره أن ينتفع بها كلها بقدر المدة التي انتفع بها شريكه[٥].

---

(١) المادة (٤٢٧، ١٠٨٠) من مجلة الأحكام العدلية.

(٢) انظر شرح مجلة الأحكام : ٣/ ٣٧.

(٣) يستفاد من الهندية من أوائل متفرقات الشركة ص : ٢٩١.

(٤) مجلة الأحكام العدلية (مادة ١٠٨٢).

(٥) يستفاد من الدر ورد المحتار من أواخر الغصب ص : ١٣١، ١٣٢.

للشريك أن ينتفع بحصة شريكه إذا علم أنه يأذن له في الانتفاع بها، ويعد مأذونًا له فيه دلالة إذا كان لا يضر شريكه، بل يتضمن نفعًا له، ذلك كما لو كانت الأرض مشتركة بينهما وزرعها أحدهما والزرع ينفعها ولا ينقصها، وقيل في أرض بينهما زرعها أحدهما كلها: تقسم الأرض بينهما فما وقع في نصيبه أقر، وما وقع في نصيب شريكه أمر بقلعه، وضمن نقصان. الأرض، هذا إذا لم يدرك الزرع، أما لو أدرك أو قرب، يغرم الزارع لشريكه نقصان نصف الأرض لو انتقصت؛ لأنه غاصب في نصيب شريكه.

وعن محمد: لو غاب أحدهما فلشريكه أن يزرع نصف الأرض، ولو أراد الزراعة في العام الثاني زرع النصف الذي كان زرعه، وكذا لو مات أحدهما فللحي أن يزرع كما مر، ويفتى بأنه لو علم أن الزرع ينفع الأرض ولا ينقصها فله أن يزرع كلها، ولو حضر الغائب فله أن ينتفع بكل الأرض مثل تلك المدة؛ لرضا الغائب في مثله دلالة[١].

وفي البحر الرائق: وفي الأرض له أن يزرعها كلها على المفتى به إن كان الزرع ينفعها فإذا جاء شريكه زرعها مثل تلك المدة[٢]، وقيل: ليس له ذلك.

وهذا ما تناولته المادة (١٠٨٥) من مجلة الأحكام العدلية، والتي تنص على ما يلي: إذا غاب أحد صاحبي الأراضي المشتركة، وكان معلومًا أن زراعتها لا توجب نقصانًا في الأرض، بل نافعة لها فللشريك الحاضر أن يزرع كامل تلك الأراضي، وإذا زرعها فللغائب عند حضوره أن يزرع تلك الأراضي بذلك المقدار.

***

❁ (مادة ٧٤٦): إذا علم الشريك الحاضر أن زراعة الأرض المشتركة تنقصها، أو الترك ينفعها ويزيدها قوة فليس له أن يزرع فيها شيئًا أصلًا[٣].

إذا علم الشريك أن الزرع ينقصها، أو الترك ينفعها فليس له أن يزرعها[٤]، بناء على أنه في هذه الحالة لا يعد راضيًا باستغلالها وزراعتها.

وفي مجمع الضمانات: لو علم أن الزرع ينقصها، أو الترك ينفعها ويزيدها قوة فليس

---

(١) انظر مجمع الضمانات للبغدادي : ٢٨٦.

(٢) البحر الرائق شرح كنز الدقائق : ٥/ ١٨٢.

(٣) يستفاد من رد المحتار من أوائل الشركة ص : ٣٣٦، وفي آخر ص : ١٠٤ من أوائل الشركة في تنقيح الحامدية ضمن جواب عن القنية عن واقعات الناطفي: أرض بينهما فغاب أحدهما فلشريكه أن يزرع نصفها، ولو أراد ذلك في العام التالي يزرع ما كان زرع، وقد كتب في القسمة أن القاضي يأذن للحاضر في زراعة كلها كيلًا يضيع الخراج. أ هـ.

(٤) البحر الرائق شرح كنز الدقائق : ٥/ ١٨٠.

للحاضر أن يزرع فيها شيئًا أصلًا[١].

وهذا ما تناولته المادة (١٠٨٥) من مجلة الأحكام العدلية، والتي تنص على أنه: « إذا غاب أحد صاحبي الأراضي المشتركة، وكان معلومًا أن زراعتها لا توجب نقصانًا في الأرض، بل نافعة لها، فللشريك الحاضر أن يزرع كامل تلك الأراضي، وإذا زرعها فللغائب عند حضوره أن يزرع تلك الأراضي بذلك المقدار، وأما إذا كانت زراعتها توجب نقصان الأرض وتركها نافع لها ومؤد لخصبها، فيعتبر أنه لا يوجد إذن دلالة من الغائب بزراعتها، فلذلك للشريك الحاضر أن يزرع من تلك الأراضي بمقدار حصته فقط، كنصفها إذا كانت مشتركة مناصفة. وإذا كان يريد الزراعة تكرارًا في السنة الآتية فيزرع أيضًا ذلك النصف ».

وليس له أن يزرع في سنة أحد طرفيها وفي السنة الأخرى الطرف الآخر، وإذا زرع جميع تلك الأراضي فللغائب عند حضوره أن يضمنه حصته من نقصان الأرض، والتفصيلات السابقة هي في حالة عدم مراجعة الحاضر القاضي، أما إذا راجع القاضي فالقاضي يؤذنه في زراعة جميع تلك الأراضي؛ منعًا لضياع عُشْر أو خراج تلك الأرض، وعلى هذه الحال لا يكون للغائب عند حضوره حق بادعاء نقصان[٢].

***

❁ (مادة ٧٤٧): حصة أحد الشريكين أمانة في يد الآخر، فإن هلكت بدون تعدِّيه فلا ضمان عليه[٣].

يدُ أحد الشريكين في مال الشركة يدُ أمانة؛ لأنه قبض المال بإذن المالك لا على وجه البدل والوثيقة، فصار كالوديعة فيقبل قوله في الدفع لشريكه؛ لأنه أمين، ولو بعد موت شريكه، ويضمن بالتعدي كما يضمن الشريك بموته مجهلًا نصيب صاحبه، وهذا هو المذهب[٤].

ويد الشريك في المال يد أمانة، فيقبل قوله بيمينه في مقدار الربح والخسارة والضياع والدفع لشريكه [٥].

***

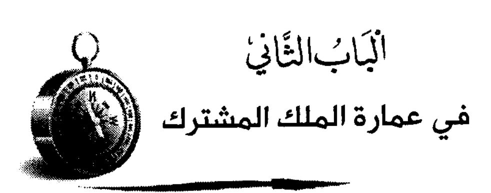
(١) مجمع الضمانات ص : ٢٨٥.

(٢) انظر شرح مجلة الأحكام العدليه لعلي حيدر : ٣/ ٤٤.

(٣) يستفاد من رد المحتار من أول كتاب الشركة ص : ٣٣٢.

(٤) انظر مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر : ١/ ٧٢٦.

(٥) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان (مادة ٤٢٧) الطبعة التمهيدية - القسم الثاني - مجمع البحوث الإسلامية.



الباب الثاني
في عمارة الملك المشترك

(مادة ٧٤٨): إذا احتاج الملك المشترك إلى مرمَّة أو عمارة، يعمره أصحابه بالاشتراك على قدر حصصهم[١].

جاء في المادة (١٣٠٨) من مجلة الأحكام العدلية أنه: « الملك المشترك متى احتاج إلى التعمير والترميم ليعمره أصحابه بالاشتراك على مقدار حصصهم »، سواء كان الملك مشتركًا بين أكثر من مالك واحد، أو مشتركًا بين مالك ووقف، أو كان قابلًا للقسمة كالدار الكبيرة، أو غير قابل للقسمة كالحمام والبئر، فإذا كان الوقف شريكًا في الملك فيدفع متولي الوقف حصة الوقف في المصرف بنسبة حصته[٢].

وفي البئر المشتركة والدولاب ونحوه يجبر الشريك على العمارة[٣]، رحى ماء بينهما في بيت لهما فخربت كلها حتى صارت صحراء، لم يجبر الشريك على العمارة، وتقسم الأرض بينهما ولو قائمة ببنائها وأدواتها، إلا أنه ذهب شيء منها يجبر الشريك على أنه يعمر مع الآخر، ولو معسرًا قيل لشريكه: أنفق أنت لو شئت، فيكون نصفه دينًا لك على شريكك، وكذا الحمام لو صار صحراء تقسم الأرض بينهما، ولو تلف شيء منه يجبر الآبي على عمارته[٤].

ويتفق ذلك مع القوانين العربية؛ فالمادة (٨٣١) مدني مصري تنص على أن: «نفقات إدارة المال الشائع وحفظه والضرائب المفروضة عليه، وسائر التكاليف الناتجة عن الشيوع أو المقررة على المال يتحملها جميع الشركاء، وكلٌّ بقدر حصته، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك ».

وهو ما جاء كذلك في المادة (١٠٣٧) مدني أردني، (٧٨٥) سوري، (١٠٦٧) عراقي، وهو ما جاء كذلك في المادة (٨٣٥) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، ونصها: « يتحمل جميع الشركاء، كل بقدر حصته، نفقات إدارة المال الشائع وحفظه، والضرائب المفروضة عليه، وسائر التكاليف الناتجة عن الشيوع أو المقررة على

(١) يستفاد من التنقيح أواخر : ٢٠٦ من أواخر القسمة.
(٢) انظر شرح مجلة الأحكام : ٣/ ٣١١.
(٣) انظر تنقيح الفتاوى الحامدية : ١/ ٩٩.
(٤) انظر مجمع الضمانات : ٢٩٠.

المال، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك ».

* * *

❁ (مادة ٧٤٩): إذا عمَّر أحد الشريكين الملك المشترك بإذن شريكه، يكون له الرجوع عليه بقدر ما يصيب حصته من المصاريف، فإن عمَّره الشريك بلا إذن شريكه يكون متبرعًا لا رجوع له عليه بما صرفه على العمارة[١].

إذا عمر أحد الشريكين الملك المشترك بإذن الآخر، وصرف من ماله قدرًا معروفًا، فله الرجوع على شريكه بحصته، أي أن يأخذ من شريكه مقدار ما أصاب حصته من المصرف، يعني إذا كان الملك مناصفة فيأخذ منه نصف المصرف، وإذا كان مشتركًا بوجه آخر فيأخذ المصرف على تلك النسبة، سواء كان هذا الملك قابلًا للقسمة أو غير قابل لها؛ إذ لا فرق في ذلك، ولذا لو كانت دار كبيرة مشتركة بين اثنين، وكانت محتاجة للتعمير، فقال أحد الشريكين للآخر: عمرها من مالك، فعمر الشريك فله من الشريك الآخر ما يصيب حصته من نفقات التعمير.

ومنه لو كانت سفينة مشتركة بين اثنين، وكانت محتاجة للتعمير، فقال أحد الشريكين للآخر: عمرها من مالك، فعمرها من ماله فله أن يأخذ من شريكه نصف ما صرفه، يجب على من أراد الرجوع أن يثبت مقدار ما صرفه بالبينة؛ لأن البينة على المدعي.

أما إذا عمر أحد الشريكين المال المشترك للشركة بدون إذن الشريك، فإنه يكون متبرعًا[٢].

جاء في رد المحتار: أن الشريك إذا لم يضطر إلى العمارة مع شريكه، بأن أمكنه القسمة فأنفق بلا إذنه فهو متبرع، وإن اضطر وكان الشريك يجبر على العمل معه، فلا بد من إذنه أو أمر القاضي فيرجع بما أنفق، وإلا فهو متبرع إن اضطر وكان شريكه لا يجبر، فإن أنفق بإذنه أو بأمر القاضي رجع بما أنفق[٣].

---

(١) يستفاد من أواخر الشركة الفاسدة من رد المحتار ص : ٣٥٤.

(٢) انظر شرح مجلة الاحكام : ٣/ ٣١٥.

(٣) جاء في رد المحتار : ٤/ ٣٣٤ هذا، وقد نظم هذا الحكم في قول القائل:

وإن يعمر الشريك المشترك ... بدون إذن للرجوع ما ملك
إذا لم يكن لذاك مضطرًا بأن ... أمكنه قسمة ذلك السكن
أما إذا اضطر لذا وكان من ... أبى على التعمير يجبر فإن
بإذنه أو بإذن قاض يرجع ... وفعله بدون ذا تبرع
ثم إذا اضطر ولا جبر كما ... في السفل والجدار يرجع بما
أنفقه إن كان بالإذن بنى ... لذا وإلا فبقيمة البنا

وتتفرع هذه المادة على المبدأ السابق الذكر الذي أقرته القوانين العربية: وهو أن نفقات الملك المشترك على الشركاء بقدر حصصهم، فإذا أنفق أحدهم بإذن سائرهم فإن النفقة تكون دينًا مقسومًا على الحصص، فلمن أنفق الحق في الرجوع بما وجب على كلٍّ منهم.

* * *

(مادة ٧٥٠): إذا احتاج الملك المشترك الذي لا يقبل القسمة إلى عمارة، وكان أحد الشريكين غائبًا، وأراد الحاضر عمارته فإن عمره بإذن الحاكم كان له الرجوع على صاحبه بالمصاريف التي تخص حصته، وإن عمره بلا إذن الحاكم فلا رجوع له على شريكه بشيء مما صرفه على العمارة[1].

إذا غاب أحد صاحبي الملك المشترك المحتاج للتعمير، وأراد الآخر التعمير، فيأخذ الإذن من القاضي، ويقوم إذن القاضي مقام إذن الشريك الغائب، يعني إذا عمر الشريك الحاضر ذلك الملك المشترك بإذن القاضي فيكون في حكم أخذه الإذن من شريكه الغائب، فيرجع عليه بحصته من المصرف، وإنما ذلك لأن للقاضي هذه الولاية التي تجعل له الحق في الإذن بالاستدانة، وعليه قبل الحكم بذلك أن يرسل رجلًا أمينًا ويكشف ويعاين الملك، فإذا علم بأنه إذا لم يعمر الملك يكون في ذلك ضرر على الغائب، فيأذن القاضي للشريك الطالب للتعمير بالتعمير.

أما إذا عمر أحدٌ الملك المشترك من نفسه، أي بدون إذن من شريكه أو القاضي، يكون متبرعًا، أي ليس له أن يأخذ من شريكه مقدار ما أصاب حصته من المصرف، سواء كان ذلك الملك قابلًا للقسمة أو لم يكن[2].

* * *

(مادة ٧٥١): إذا انهدم بناء الدار المشتركة، وأراد أحد الشريكين عمارتها وأبى الآخر، فإن كانت كبيرة تحتمل القسمة فلا يجبر الآبي على العمارة، فإن أنفق الآخر عليها بدون إذن شريكه فهو متبرع؛ لعدم اضطراره[3].

---

(١) يستفاد من رد المحتار من أواخر الشركة الفاسدة من أوائل الضابط الذي ذكره بالصحيفة المذكورة قبله بناء على أن غيبة الشريك بمنزلة إبائه عن العمارة، كما يستفاد من الأنقروية من أواخر الشركة ص: ٢٨٦.

لو كان الشريك حاضرًا أجبره القاضي على الإنفاق، ولو كان غائبًا بأمر القاضي الحاضر به ليرجع على الآخر، فلما زال الاضطرار كان متبرعًا؛ انظر رد المحتار: ٤/ ٣٣٢.

(٢) انظر شرح مجلة الأحكام العدلية لعلي حيدر: ٣/ ٣١٨.

(٣) يستفاد من رد المحتار من أواخر الشركة الفاسدة ص: ٣٥٥، ومن رد المحتار أيضًا من أوائل متفرقات القضاء =

إذا طلب أحد تعمير الملك المشترك القابل للقسمة، وكان شريكه ممتنعًا وعمَّره من نفسه يكون متبرعًا، أي لا يسوغ له الرجوع على شريكه بحصته، وإذا راجع ذلك الشخص القاضي بنـاء على امتنـاع شريكه على هذا الوجه، فلا يجبر على التعمير، ولكن يسوغ أن تقسم جبرًا، ويفعل ذلك الشخص بعد القسمة في حصته ما يشاء.

إذا طلب أحد تعمير الملك المشترك القابل للقسمة، وكان شريكه ممتنعًا عن التعمير، أي لم يأمر ويأذن بالتعمير، وعمره من نفسه بدون أن يستأذن من شريكه مطلقًا، أو استأذن منه ولم يأذنه يكون متبرعًا، أي لا يسوغ له الرجوع على شريكه بحصته، وإذا راجع ذلك الشخص القاضي بناء على امتناع شريكه على هذا الوجه، فلا يجبر الشريك على التعمير، بناء على أن ترك الملك المشترك المحتاج للتعمير على حاله موجب لخرابه، والحرمان من الانتفاع به على الوجه الكامل.

فترك التعمير ضرر للشريك الراغب في التعمير، كما أن إجبار الشريك الآخر على صرف نقده بالإعمار خلاف رضائه ضرر أيضًا للشريك الممتنع، فلا يزال الضرر بمثله، فلذلك لا يجبر الشريك الممتنع، على التعمير، والأصل أن الإنسان لا يجبر على إصلاح ملكه[1]، خاصة وأنه يمكن إزالة ضرر الشريك الراغب في التعمير بالإجبار على القسمة.

* * *

● (مادة ٧٥٢): إذا انهدم بعض الملك المشترك الذي لا يقبل القسمة، وأراد أحد الشريكين بناءه وامتنع الآخر يجبر على العمارة، فإن لم يعمر يأذن القاضي للشريك بالعمارة، ثم يمنع الآخر من الانتفاع به حتى يؤدي ما يخص حصته من المصاريف، وإن عمر الشريك بدون إذن القاضي فهو متطوع لا يرجع على الآخر بشيء.

إذا احتاج الملك المشترك الذي لا يقبل القسمة كالطاحون والحمام والقناة إلى العمارة، كأن يخرب حوض ماء الحمام أو تفقد طاساته، وطلب أحد صاحبيه تعميره وإصلاح نواقصه وامتنع شريكه، فلا يجبر الممتنع على التعمير بأمور كالضرب والحبس؛ لأنه لا يجبر أحد على إصلاح ملكه، كما أنه لا يزال ضرر بمثله، بل لطالب التعمير أن يصرف قدرًا معروفًا من المال ويعمر بإذن القاضي، ويكون مقدار ما أصاب حصة شريكه من مصاريف التعمير دينًا له عليه.

= ص : ٣٥٨، وكذا يستفاد حكم ما بعدها من المادتين.

(١) انظر شرح مجلة الأحكام العدلية لعلي حيدر : ٣/ ٣٢٠.

مثلًا: إذا كان ثلثا الحمام ملكًا للشريك الممتنع، وثلثه للشريك المعمر، فيكون ثلثا مصاريف التعمير دينًا للمعمر على الشريك الممتنع. قيل هنا: « قدرًا معروفًا » فإذا كان القدر المعروف لتلك التعميرات ألف درهم مثلًا، وصرف الشريك ألفي درهم بإذن القاضي، فله أن يأخذ ما يخص شريكه من الألف درهم القدر المعروف، ولكن هل له أن يأخذ ما يزيد عن ذلك؟ بما أنه لا صلاحية للقاضي أن يأذن بالصرف بأزيد من القدر المعروف فالظاهر أن ليس للمعمر أن يأخذ المقدار الزائد عن القدر المعروف.

وللشريك المعمر أن يؤجر ذلك الملك المشترك، ويستوفي دينه هذا من أجرته، وبذلك يندفع الضرر عن الطرفين، وبعد أن يستوفي المعمر مطلوبه يأخذ الشريكان أجرة الملك المشترك بالاشتراك بمقدار حصصهما.

وإذا كان مريد التعمير - بعد مطالبته بالتعمير وامتناع شريكه عن التعمير - عمر بدون إذن من القاضي، فلا ينظر إلى مقدار ما صرف.

***

(مادة ٧٥٣): إذا انهدم الملك المشترك الذي لا يحتمل القسمة وصار عَرْصَة، وطلب أحد الشريكين عمارته، وأبى الآخر فلا يجبر على البناء، بل تقسم العرصة بينهما.

إذا انهدم الملك المشترك الذي لا يقبل القسمة بالكلية، كالطاحون والحمام والحائط، سواء انهدم من نفسه أو احترق أو هدمه صاحباه بالاتفاق، وأصبح عَرْصَة صرفة، وأراد أحد صاحبيه بناءه، وامتنع الآخر فلا يجبر على البناء، حيث لا يجبر أحد على إصلاح ملكه، وإذا كانت العرصة قابلة للقسمة، وطلب أحدهما القسمة تقسم.

ولكل واحد من الشريكين بعد القسمة أن ينشئ ما يشاء في حصته، وإذا أنشأ أحد الشريكين في مثل هذه العرصة القابلة للقسمة بناء بلا إذن الآخر، فإذا أنشأ البناء لنفسه فحكمه ذكر في المادة (١٥٧٦) من مجلة الأحكام العدلية، وإذا بناه للشركة يكون متبرعًا؛ لأنه غير مضطر للبناء لإمكان تقسيم العرصة.

أما إذا كانت العرصة غير قابلة للقسمة، كأن يهدم اثنان حائطهما المشترك، ثم أراد أحدهما بناءه، وامتنع الآخر، ولم تكن عرصته ذات عرض، فلا يمكن لكل شريك أن ينشئ حائطًا له لدى التقسيم، فلا يجبر الممتنع على البناء بالحبس والتضييق، ولكن لمريد البناء أن يأخذ إذنًا من القاضي، ويبني الحائط، وإذا كانت العرصة مشتركة مناصفة بينهما فللمعمر أن يمنع شريكه من الانتفاع بالحائط حتى يدفع نصف مصرفه، وللمعمر إيجار البناء

الآخر واستيفاء مصرفه من أجرته.

أمـا إذا بنى المعمر بدون إذن مـن القاضي فلا ينظر إلى مقـدار ما صـرفه، وله أخذ نصف القيمة من شريكه، ومنعه من التصرف لحين أن يأخذ نصف القيمة منه، وإذا بنى الشريك المعمر بدون أن يراجع شريكه ويطلب منه الإذن بالبناء ويمتنع الشريك عن الإذن يكون متبرعًا[1].

***

(مادة ٧٥٤): إذا احتاج الملك المشترك بين قاصرين أو وقفين إلى العمارة، وكان إبقاؤه على حاله مضرًّا بهما، وأحد الوصيين أو المتوليين يطلب العمارة، والآخر ممتنع، فإنه يجبر على التعمير بالاشتراك مع الآخر من مال القاصرين أو من ربع الوقفين[2].

إذا احتاج العقار المشترك بين صغيرين أو بين وقفين إلى التعمير، وكان إبقاؤه على حاله مضرًّا، وكان أحد الوصيين أو أحد المتوليين يطلب التعمير، وامتنع الآخر يجبر على التعمير.

مثلًا: إذا كان بين داري صغيرين حائط مشترك خيف سقوطه، وأراد وصي أحدهما التعمير، وأبى وصي الآخر، فيرسل من طرف القاضي أمين وينظر، فإذا علم أن في ترك هذا الحائط على حاله ضررًا في حق الصغيرين فيجبر الوصي الآبي على تعمير ذلك الحائط، بالاشتراك مع الوصي الآخر من مال الصغير.

كذلك لو كانت دار مشتركة بين وقفين محتاجة للتعمير، وطلب أحد المتوليين التعمير، وامتنع الآخر، يجبر من طرف القاضي على أن يعمر من مال الوقف، وكذا إذا احتاج العقار المشترك بين صغيرين أو بين وقفين إلى التعمير، فإذا تحقق بمشاهدة أرباب الوقوف الذين أرسلهم القاضي للكشف أن بقاءه على حاله مضر، وكان أحد الوصيين أو أحد المتوليين يطلب التعمير وامتنع الآخر، يجبر الممتنع على التعمير.

والفرق بين المادة السابقة وهذه أنه إذا امتنع الشريك في الملك المشترك عن التعمير، فلا يجبر على التعمير؛ لرضائه بلحوق الضرر بماله، أما في هذه المادة فالولي أو الوصي الممتنع عن التعمير يريد إدخال الضرر إلى الصغير أو إلى الوقف، فيجبر على دفع الضرر.

أما إذا كان الضرر بأحد الصغيرين فقط، كأن تكون حمولة الحائط لأحد الصغيرين فاللائق أن يجبر على التعمير إذا كان الآبي هو وصي الصغير المتضرر، كذلك إذا كان الملك مشتركًا بين صغير وبالغ وكان الضرر بالبالغ، فلا يجبر البالغ على التعمير، أما إذا كان الضرر للصبي

---

(١) انظر: شرح مجلة الأحكام العدلية لعلي حيدر: ٣/ ٣٢٣.

(٢) يستفاد من الدر ورد المحتار من أواخر الشركة الفاسدة ص: ٣٥٥.

فالمناسب أن يجبر وصي الصبي على التعمير، كذلك لو كانت دار مشتركة بين وقفين محتاجة للتعمير، وطلب أحد المتوليين التعمير، وامتنع الآخر عن التعمير، يجبر من طرف القاضي على أن يعمر من مال الوقف.

كذلك لو كانت دار مشتركة بين وقف وملك، فإذا كان ترك التعمير موجبًا لضرر صاحب الملك فلا يجبر على التعمير، وإذا كان مضرًا بالوقف وامتنع متولي الوقف عن التعمير، فيجبر القاضي متولي الوقف على التعمير، وإذا لم توجد غلة للوقف فللمتولي أن يستدين للوقف بإذن القاضي ويصرفه على التعمير، فعليه: ليس لمتولي الوقف في هذه الصورة أن يستدين للوقف من نفسه بلا رأي القاضي.

مثلًا: إذا كانت مستغلات وقف محتاجة للتعمير، ولم توجد للوقف غلة؛ فللمتولي أن يستدين للوقف بإذن القاضي بلا ربح، وإذا لم تمكن الاستدانة للوقف بلا ربح؛ فللمتولي أن يستدين نقودًا بالربح على وجه المعاملة الشرعية برأي القاضي، وأن يصرفها على تعمير مستغلات الوقف بالقدر المعروف، وفي هذه الصورة للمتولي أن يرجع على غلة الوقف بأصل الدين والربح.

كذلك لو صرف متولي الوقف من ماله قدرًا معروفًا على تعمير الوقف، برأي القاضي، بشرط الرجوع على الوقف، فله أن يستوفي مصروفه من غلة الوقف، وإذا توفي قبل الاستيفاء فلورثته استيفاؤه من غلة الوقف التي تحت يد المتولي الذي نصب محل مورثهم بعد الثبوت، أما إذا شرط الواقف في وقفيته شرطًا يجيز للمتولي الاستدانة للوقف عند الحاجة، فللمتولي الاستدانة من نفسه أي بلا إذن من القاضي[1].

***

❁ (مادة ٧٥٥): إذا وهي حائط مشترك، وخيف سقوطه، وأحد الشريكين أراد نقضه، وأبى الآخر يجبر الآبي على نقضه وهدمه[2].

القاعدة أن الضرر يزال؛ ولذا فإنه إذا حصل للحائط المشترك بين جارين وهن، وخيف سقوطه، وأراد أحدهما نقضه، وامتنع الآخر فيجبر على النقض والهدم بالاشتراك، حتى إنه لو لم يكن لأحد الشريكين حمولة على ذلك الحائط المشترك على هذا الوجه، وأصبح الحائط على خطر السقوط، فتقدم ونبه الشريك الذي ليس له حمولة الشريك الذي

---

(١) انظر: شرح مجلة الأحكام العدلية لعلي حيدر: ٣/ ٣٢٨.

(٢) يستفاد من رد المحتار من أواخر الشركة الفاسدة من أوسط الضابط الذي ذكره ص: ٣٥٤.

له حمولة، ولم يهدمه بعد التقدم والتنبيه، وانهدم الحائط بعد ذلك وأضر بالشريك المتقدم، فيضمن الشريك المتقدم فيه ضرر شريكه.

أما إذا لم يخف من سقوط الحائط، وطلب أحد الشريكين نقضه؛ لبنائه قويًّا؛ ليقيم فوقه بناء؛ وامتنع الآخر؛ فيمنع مريد النقض، من النقض سواء كان النقض مضرًّا بالشريك الآخر أو غير مضر؛ لأن النقض المذكور هو تصرف منه في الملك المشترك بلا إذن الشريك، وهو غير جائز.

وكذا الحموي في القاعدة الخامسة: « الضرر لا يزال بضرر » أنه: وإذا حصل وهن في الحائط المشترك الذي للشريكين عليه حمولة، وخيف سقوطه، وطلب أحدهما رفعه وإصلاحه وامتنع الآخر، فاللائق بالشريك الراغب في التعمير أن يقول لشريكه: ضع حمولتك على عمدان، وسأرفع الحائط في وقت كذا، وأن يُشْهِدَ على قوله هذا، فإذا رفع الشريك حمولته فبها، وإذا لم يرفع وهدم الشريك الراغب في التعمير الحائط وسقطت حمـولة شريكه فلا يلزمه ضمان، وإذا احتاج صاحب التحتاني للتعمير، فالظاهر أنه يجب عليه أن يعمل ذلك أيضًا[1].

***

● (مادة ٧٥٦): إذا هدم الشريكان الحائط المشترك بينهما، أو انهدم هو بنفسه، فإن كان لهما عليه حمولة يجبر الآبي على البناء مطلقًا، سواء كانت عرصة الحائط عريضة أم لا.

وإن لم يكن لهما عليه حمولة لا يجبر الآبي لو عرصته عريضة، ويجبر لو غير عريضة؛ لعدم إمكان القسمة.

وإن كان لأحدهما عليه حمولة دون الآخر، وأراد صاحب الحمولة البناء، وأبى الآخر يجبر الآبي مطلقًا، سواء كانت عرصته عريضة أم لا، وإن أراد الآخر وأبى صاحب الحمولة يجبر الآبي لو عرصته غير عريضة؛ ولا يجبر لو عريضة؛ لإمكان القسمة.

وفي كل موضع يجبر فيه الآبي إذا بنى الآخر بلا إذن القاضي لا يرجع على الآبي بشيء، وإن بنى بإذن القاضي يرجع على الآبي بما يخص حصته من المصاريف، وله منع الآبي من الانتفاع بالحائط ووضع حمولته عليه حتى يأخذ منه ذلك[2].

إذا انهدم حائط مشترك بين جارين، وكان عليه حمولة لهما كقصر أو رؤوس جذوع، وطلب

(١) انظر شرح مجلة الأحكام العدلية لعلي حيدر : ٣/ ٣٢٧.

(٢) يستفاد حكمها بجميع فقراتها من رد المحتار من أواخر الشركة الفاسدة ص : ٣٥٥.

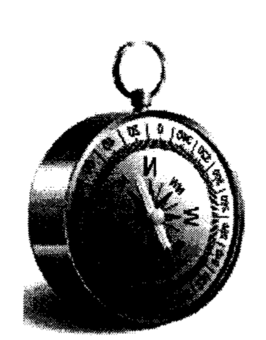
أحد الشريكين بناءه، فامتنع الآخر عن البناء تعمدًا أو عجزًا لفقره، فإذا كان قابلًا للقسمة فيقسم، وإذا كان غير قابل للقسمة فللشريك الراغب في التعمير أن يأخذ إذنًا من القاضي بالتعمير عند امتناع شريكه وأن يبني الحائط، وله منع شريكه من وضع حمولة على ذلك الحائط حتى يؤديه نصف مصرفه، فيما إذا كان الحائط مشتركًا مناصفة، أما إذا بناه بلا إذن القاضي فلا ينظر إلى مقدار ما صرفه، بل له أخذ نصف تلك القيمة، لكن إذا لم يراجع، شريكه ولم يتحقق امتناعه، ولم يأخذ إذنًا من القاضي بالبناء فيكون متبرعًا.

أما إذا لم يكن لأحدهما حمولة عليه، ففي هذا الحال إذا كان أساس الحائط قابلًا للقسمة وطلبت القسمة فلا يجبر الآبي على البناء بالاشتراك، حتى إنه لو بنى أحد الشريكين في هذا الحال بلا إذن الآخر للشركة يكون متبرعًا، وليس له الرجوع على الآخر، أما إذا كان أس الحائط غير قابل للقسمة فالأشبه أن يجري حكم هذه المادة أيضًا[1].

***

(١) انظر شرح مجلة الاحكام: ٣/ ٣٢٥.

كتاب العارية



● (مادة ٧٥٧): الإعارة[١] هي تمليك المستعير منفعة العين المستعارة بلا عوض[٢].

تناولت هذه المادة تعريف الإعارة التي اختلف العلماء في تعريفها، فقال عامة الفقهاء: هي تمليك المنافع بغير عوض، وكان الكرخي يقول: هي إباحة الانتفاع بملك الغير، قيل: وهو قول الشافعي.

وجه ما ذهب إليه عامة العلماء واختاره أبو بكر الرازي أن العرية والعارية أحدهما مشتق من الآخر، ولكن خص كل واحد منهما باسم، فقالوا في تمليك الأعيان: عرية، وفي تمليك المنافع: عارية، فدل على أن العارية تمليك لا إباحة[٣].

سميت عارية لتعريها عن العوض، فإنها مع العرية اشتقت من شيء واحد، والعرية: العطية في الثمار بالتمليك من غير عوض، والعارية في المنفعة كذلك؛ ولهذا اختصت بما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، أو ما يجوز تمليك منافع بالعوض بعقد الإجارة.

---

(١) هذه المادة تتفق مع المادة (٦٣٣) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٢) يستفاد حكم هذه المادة والتي بعدها من الدر أول العارية ص: ٥٠٢.

راجع المبسوط: ١١/ ١٣٤، بدائع الصنائع: ٦/ ٢١٥، تبيين الحقائق: ٥/ ٨٣، العناية شرح الهداية: ٩/ ٤، الجوهرة النيرة: ١/ ٣٥١، فتح القدير: ٩/ ٤، درر الحكام: ٢/ ٢٤٢، البحر الرائق شرح كنز الدقائق: ٧/ ٢٨٠، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر: ٢/ ٣٤٦، رد المحتار على الدر المختار: ٥/ ٦٧٧، الفتاوى الهندية: ٤/ ٣٦٣.

جاء في شرح مختصر خليل (للخرشي) ٦/ ١٢١ : « الإعارة مصدر أعرت المتاع إعارة، والاسم منه عارية بتشديد الياء، وفي الاصطلاح: تمليك منفعة مؤقتة لا بعوض، فقوله: « منفعة » أخرج به تمليك الذوات وتمليك الانتفاع؛ لأن العارية فيها ملك المنفعة وهو أخص من الانتفاع كما سيأتي، وقوله: « مؤقتة » أخرج به تمليك المنفعة المطلقة، كما إذا ملك العبد منفعة نفسه ووهبها إياه فإنه يصدق عليه ذلك وليس بعارية، ويخرج الحبس؛ لأن فيه ملك الانتفاع لا المنفعة، وقوله: « لا بعوض » يخرج به الإجارة. وأركانها أربعة: المعير والمستعير والشيء المستعار وما به العارية، وحكمها الندب، يعني أن من ملك منفعة يصح منه ويندب له الإعارة؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱفْعَلُوا۟ ٱلْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ [الحج: ٧٧] ولقوله - عليه الصلاة والسلام -: « كل معروف صدقة » ولأنه - عليه الصلاة والسلام - استعار، وكذلك الصحابة - رضي الله تعالى عنهم أجمعين -، والندب يستلزم الصحة لا العكس، فالمعنى أن مالك المنفعة بلا حجر يصح منه الإعارة وتندب له، وقوله ﷺ: « وإن مستعيرًا » مبالغة في صحة الإعارة منه؛ لا في ندبها منه؛ إذ لا يندب لمالك المنفعة بإعارة أن يعير المال، ولا فرق في الحجر الجعلي بين أن يكون صريحًا أو بقرينة؛ كقوله لولا إخوتك أو صداقتك أو ديانتك ما أعرتك.

وجاء في كشف القناع ٤/ ٦٢ : « العارية بتخفيف الياء وتشديدها، وأصلها من عار إذا ذهب وجاء، ومنه قيل للبطال: عيار، لتردده في بطالته والعرب تقول: أعاره وعاره، كأطاعه وطاعه، قال الأصحاب تبعًا للجوهري: هي مشتقة من العار، وفيه شيء؛ لأنه ﷺ فعلها وأصل المادة فيها قيل: العري، وهو التجرد فسميت عارية لتجردها عن العوض، كما تسمى النخلة الموهوبة عرية، لتعريها عن العوض، وقيل: من التعاور أي التناوب؛ لجعل مالها للغير نوبه في الانتفاع بها، والإعارة إباحة نفعها بغير عوض من المستعير أو غيره، والإباحة رفع الحرج عن تناول ما ليس مملوكًا له.

(٣) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (٣٧٤)، القسم الثاني، الطبعة التمهيدية، مجمع البحوث الإسلامية.

وحكمها: أنها مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع، وإنما اختلفوا في كونها مستحبة، وهو قول الأكثر، أو واجبة، وهو قول البعض.

وتتفق هذه المادة مع المادة (٦٣٣) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، ونصها:

أن « العارية عقد يستعمل المستعير بمقتضاه شيئًا غير قابل للاستهلاك مدة معينة، أو في غرض معين دون عوض ».

وتقابل هذه المادةُ المادةَ (٦٣٥) من القانون المدني المصري، ونصها:

« العارية عقد يلتزم به المعير أن يسلم المستعير شيئًا غير قابل للاستهلاك؛ ليستعمله بلا عوض، لمدة معينة أو في غرض معين، على أن يرده بعد الاستعمال ».

والمادة (٧٦٠) من التقنين الأردني التي تنص على أن: « الإعارة تمليك الغير منفعة شيء بغير عوض لمدة معينة أو لغرض معين، على أن يرده بعد الاستعمال ».

والمادة (٨٤٧) من التقنين العراقي، والمادة (٦٤٩) من التقنين الكويتي.

***

(المادة ٧٥٨): يشترط لصحة العارية قابلية المستعار للانتفاع به مع بقاء عينه[1].

تناولت هذه المادة اشتراط قابلية العين المستعارة للانتفاع بها مع بقاء عينها، ولصحتها فإن لم يكن لا تصح إعارته؛ لأن حكم العقد ثبت في المنفعة لا في العين، وعلى هذا تخرج إعارة الدراهم والدنانير لأنها تكون قرضًا لا إعارة؛ لأن الإعارة لما كانت تمليك المنفعة أو إباحة المنفعة على اختلاف الأصلين، ولا يمكن الانتفاع إلا باستهلاكها، ولا سبيل إلى ذلك إلا بالتصرف في العين لا في المنفعة، ولا يمكن - تصحيحًا - إعارة حقيقية، فتصحح قرضًا مجازًا لوجود معنى الإعارة فيه، حتى لو استعار حليًّا ليتجمل به صح؛ لأنه يمكن الانتفاع به

---

(١) جاء في شرح مختصر خليل ٦/ ١٢٣: أن: العارية شرط صحتها الانتفاع بها مع بقاء عينها، وجاء في أسنى المطالب ٢/ ٣٢٦ أن: المعار شرطه وجود الانتفاع المباح، فلا يعار ما لا ينتفع به كحمار زمن، ولا ما ينتفع به انتفاعًا محرمًا كجارية للتمتع، ويدخل في الضابط ما لو استعار قيم المسجد أحجارًا أو أخشابًا ليبني بها المسجد، فإنه لا يجوز كما أفتى به البغوي؛ لأن حكم العواري جواز استردادها، والشيء إذا صار مسجدًا لا يجوز استرداده، ولا يعار النقدان؛ إذ منفعة التزين بهما والضرب على طبعهما منفعة ضعيفة قلما تقصد، ومعظم منفعتهما في الإنفاق والإخراج، وفي كشاف القناع ٤/ ٦٣ : أنه : ويشترط كون العين المعارة (منتفعًا بها مع بقاء عينها) كالدور والعبيد والثياب والدواب ونحوها؛ لأن النبي ﷺ استعار من أبي طلحة فرسًا، ومن صفوان أدراعًا، وسئل عن حق الإبل؟ فقال: « **إعارة دلوها وإطراق فحلها** » وخرج بذلك ما لا ينتفع به إلا مع تلف عينه كالأطعمة والأشربة، لكن إن أعطاها بلفظ الإعارة، فقال ابن عقيل: احتمل أن يكون إباحة الانتفاع على وجه الإتلاف.

من غير استهلاك بالتجمل، فأمكن العمل بالحقيقة، فلا ضرورة إلى الحمل على المجاز.

وكذا إعارة كل ما لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاكه كالمكيلات والموزونات، يكون قرضًا لا إعارة؛ لما ذكرنا أن محل حكم الإعارة المنفعة لا العين، إلا إذا كان ملحقًا بالمنفعة عرفًا وعادة، كما إذا مُنِحَ إنسانٌ شاة أو ناقة لينتفع بلبنها ووبرها مدة ثم يردها على صاحبها؛ لأن ذلك معدود من المنافع عرفًا وعادة، فكان له حكم المنفعة، وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: « **ألا رجل يمنح أهل بيت ناقة تغدو بعس وتروح بعس إن أجرها لعظيم** »[١]، وهذا يجري مجرى الترغيب، وكذا لو منح جديًا أو عناقًا كان عارية؛ لأنه يعرض أن ينتفع بلبنه وصوفه.

والحاصل: أنه إذا قال: منحتك، إن كان مضافًا إلى ما يمكن الانتفاع به مع بقاء العين يكون إعارة، وإن أضاف إلى ما لا يمكن الانتفاع مع بقاء عينه كالدراهم والطعام يكون هبة؛ وذلك لأن المنحة تذكر ويراد بها العارية، قال النبي ﷺ « **المنحة مردودة** »[٢] وأراد به العارية؛ لأن الهبة لا تكون مردودة وإنما المردودة العارية، وتذكر ويراد بها الهبة، يقال: منح فلان فلانًا أي وهب له، وإذا كانت هذه اللفظة صالحة للأمرين جميعًا والعمل بهما متعذر في عين واحدة؛ لأن العين الواحدة لا يتصور أن تكون في محلين عارية وهبة في وقت واحد عملنا بهما مختلفين، فقلنا: إذا أضيفت المنحة إلى عين يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه جعل عارية، وإذا أضيفت إلى عين لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه جعل هبة، كما في المكيل والموزون؛ توفيرًا على المعنيين حظهما بقدر الإمكان.

وكذلك يشترط أن يخلو عقد الإعارة عن اشتراط العوض، ولو شرط العوض صارت إجارة؛ لأن الإجارة تمليك المنافع بعوض والإعارة بغير عوض.

والإعارة باعتبارها عقد تبرع فلا بد فيها من الشروط الواجب توافرها في عقود التبرعات، فلا تصح من مجنون ولا من صبي لا يعقل، وأما البلوغ فليس بشرط عندنا حتى تصح الإعارة من الصبي المأذون؛ لأنها من توابع التجارة، وهو يملك التجارة فيملك ما هو من توابعها، وعند الشافعي: لا يملك، ومنها القبض من المستعير؛ لأن الإعارة عقد تبرع فلا يفيد الحكم بنفسه بدون القبض كالهبة[٣].

***

---

(١) صحيح مسلم: ٢/ ٧٠٧ برقم (١٠١٩). (٢) مسند الإمام أحمد بن حنبل: ٥/ ٢٦٧ برقم (٢٢٣٤٨).

(٣) راجع المبسوط: ١١/ ١٣٤، بدائع الصنائع: ٦/ ٢١٥، ٢١٦، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٥/ ٨٤ و ٨٨، العناية شرح الهداية: ٩/ ١٤، الجوهرة النيرة: ١/ ٣٥١، فتح القدير: ٩/ ١٤، البحر الرائق: ٧/ ٢٨٣، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر: ٢/ ٣٤٧، رد المحتار على الدر المختار: ٥/ ٦٧٨.

(مادة ٧٥٩): لا تخرج العين المستعارة عن ملك المعير[1].

تناولت هذه المادة حكم العين المستعارة، وأنها لا تخرج عن ملك المعير، وذلك بعد بيان شرط صحتها في المادة السابقة، بما يفيد أن العملية القانونية المقصودة من الإعارة هي تملك المنفعة لا العين، فالمستعير لا يملك إلا المنفعة، ولهذا يشترط عدم استهلاك العين في الانتفاع، و إلا صار قرضًا، والعين تبقى ملكًا لمالكها، لكنه لا يملك الانتفاع بها، إلا أن يطلبها، فإن طلبها فقد فسخ العقد، ويلزم المستعير ردها، ومؤنة ردها عليه وليست على المالك، بخلاف الإجارة، وبردها للمعير أصبح مالكًا لمنفعتها كما أنه مالك لرقبتها، وأما الملك الثابت للمستعير فهو ملك غير لازم؛ لأنه ملك لا يقابله عوض، فلا يكون لازمًا كالملك الثابت بالهبة، فكان للمعير أن يرجع في العارية سواء أطلق العارية أو وقَّت لها وقتًا.

وعلى هذا إذا استعار من آخر أرضًا ليبني عليها أو ليغرس فيها، ثم بدا للمالك أن يخرجه، فله ذلك سواء كانت العارية مطلقة أو موقتة؛ لما قلنا، غير أنها إن كانت مطلقة له أن يجبر المستعير على قلع الغرس ونقض البناء؛ لأن في الترك ضررًا بالمعير؛ لأنه لا نهاية له، وإذا قلع ونقض لا يضمن المعير شيئًا من قيمة الغرس والبناء؛ لأنه لو وجب عليه الضمان لوجب بسبب الغرور، ولا غرور من جهته؛ حيث أطلق العقد ولم يوقت فيه وقتًا، بل هو الذي غرر نفسه؛ حيث حمل المطلق على الأبد، وإن كانت موقتة فأخرجه قبل الوقت لم يكن له أن يخرجه، ولا يجبر على النقض والقلع.

والمستعير بالخيار إن شاء ضَمَّن صاحب الأرض قيمة غرسه وبنائه قائمًا سليمًا وترك ذلك عليه؛ لأنه لما وقَّت للعارية وقتًا ثم أخرجه قبل الوقت فقد غرَّه، فصار كفيلًا عنه فيما يلزمه من العهدة؛ إذ ضمان الغرور كفالة، فكان له أن يرجع عليه بالضمان، ويملك صاحب الأرض البناء والغرس بأداء الضمان؛ لأن هذا حكم المضمونات أنها تملك بأداء الضمان، وإن شاء أخذ غرسه وبناءه ولا شيء على صاحب الأرض.

ثم إنما يثبت خيار القلع والنقض للمستعير إذا لم يكن القلع أو النقض مضرًّا بالأرض، فإن كان مضرًّا بها فالخيار للمالك؛ لأن الأرض أصل، والبناء والغرس تابع لها، فكان المالك صاحب أصل والمستعير صاحب تبع، فكان إثبات الخيار لصاحب الأصل أولى إن شاء أمسك الغرس والبناء بالقيمة، وإن شاء رضي بالقلع والنقض، هذا إذا استعار أرضًا للغرس

---

(١) يستفاد من أوائل الباب الأول من الهندية في تفسيرها ص: ٣٤٣، وشرح مختصر خليل للخرشي: ٦/ ١٢٧، وأسنى المطالب: ٢/ ٣٣٣، وكشاف القناع: ٤/ ٦٦.

أو البناء، فأما إذا استعار أرضًا للزراعة فزرعها، ثم أراد صاحب الأرض أن يأخذها، لم يكن له ذلك حتى يحصد الزرع، بل يترك في يده إلى وقت الحصاد بأجر المثل استحسانًا؛ لأن رعاية الحقين واجب عند الإمكان، وذلك ممكن في الزرع؛ لأن إدراك الزرع له وقت معلوم، فيمكن النظر من الجانبين: جانب المستعير، وجانب المالك بالترك إلى وقت الحصاد بالأجر، ولا يمكن في الغرس والبناء؛ لأنه ليس لذلك وقت معلوم، فكان مراعاة صاحب الأصل أولى، بخلاف باب الغصب؛ لأن الترك للنظر، والغاصب جانٍ، فلا يستحق النظر، بل يجبر على القلع[1].

***

(مادة ٧٦٠): يجب على المستعير أن يعتني بحفظ العين المستعارة وصيانتها كاعتنائه بمال نفسه[2].

تناولت هذه المادة وجوب اعتناء المستعير بحفظ العين المستعارة بما يحفظ به ماله، بحكم أن العين المستعارة لا تخرج عن ملكية صاحبها بعقد الإعارة، وأن العين المستعارة أمانة في يد المستعير في حال الاستعمال بالإجماع، فأما في غير حال الاستعمال فكذلك عندنا، وعند الشافعي مضمونة، واحتج بما روي: أن رسول اللَّه ﷺ استعار من صفوان درعًا يوم حنين، فقال صفوان: أغصبًا يا محمد، فقال عليه الصلاة والسلام: « **بل عارية مضمونة** »[3]، ولأن العين مضمونة الرد حال قيامها، فكانت مضمونة القيمة حال هلاكها كالمغصوب، وهذا لأن العين اسم للصورة، والمعنى: وبالهلاك إن عجز عن رد الصورة لم يعجز عن رد المعنى؛ لأن قيمة الشيء معناه، فيجب عليه رده بمعناه كما في الغصب، ولأنه قبض مال الغير لنفسه، فيكون مضمونًا عليه كالمقبوض على سوم الشراء.

دليل الأحناف أنه لم يوجد من المستعير سبب وجوب الضمان، فلا يجب عليه الضمان كالوديعة والإجارة، وإنما قلنا ذلك لأن الضمان لا يجب على المرء بدون فعله، وفعله الموجود منه ظاهرًا هو العقد والقبض، وكل واحد منهما لا يصلح سببًا لوجوب الضمان.

أما العقد، فلأنه عقد تبرع بالمنفعة تمليكًا أو إباحة على اختلاف الأصلين، وأما القبض، فلوجهين: أحدهما: أن قبض مال الغير بغير إذنه لا يصلح سببًا لوجوب الضمان،

---

(١) راجع المبسوط: ١١/ ١٤٢، بدائع الصنائع: ٦/ ٢١٧، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٥/ ٨٧، ٨٨، العناية شرح الهداية: ٩/ ١٥، رد المحتار على الدر المختار: ٥/ ٦٧٨.

(٢) حاشية الصاوي: ٣/ ٥٧٤، وأسنى المطالب: ٢/ ٣٢٨، وكشاف القناع: ٤/ ٧٥.

(٣) سنن البيهقي الكبرى: ٦/ ٨٩ برقم (١١٢٥٨).

فبالإذن أولى، وهذا لأن قبض مال الغير، بغير إذنه هو إثبات اليد على مال الغير وحفظه وصيانته عن الهلاك، وهذا إحسان في حق المالك، قال اللَّه تعالى: ﴿ هَلْ جَزَآءُ ٱلْإِحْسَـٰنِ إِلَّا ٱلْإِحْسَـٰنُ ﴾ [الرحمن: ٦٠]، وقال تبارك وتعالى: ﴿مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ ﴾[التوبة: ٩١] فدل أن قبض مال الغير بغير إذنه لحفظه وصيانته لا يصلح سببًا لوجوب الضمان، فمع الإذن أولى، والثاني: أن القبض المأذون فيه لا يكون تعديًا؛ لأنه لا يفوت يد المالك، ولا ضمان إلا على المتعدي، قال اللَّه تبارك وتعالى: ﴿ فَلَا عُدْوَٰنَ إِلَّا عَلَى ٱلظَّـٰلِمِينَ ﴾ [البقرة: ١٩٣] بخلاف قبض الغصب.

وعيال الرجل كنفسه في الحفظ والرد؛ لأن المستعير في حق العين مودع وأمين، والمودع يملك الدفع إلى من في عياله، فكذا المستعير، وكذا أجيره إذا كان مسانهة أو مشاهرة بخلاف الأجير مياومة؛ لأنه ليس في عياله، فكان الرد إلى يد هؤلاء كالرد إلى يد المالك[١].

قال ظهير الدين إسحاق الولوالجي في فتاواه: ولو كان على دابة بعارية أو إجارة فنزل عنها في السكة، أو دخل المسجد ليصلي، فخلى عنها فهلكت فهو ضامن لها؛ لأنه لما دخل المسجد والبيت وتركها خارج المسجد والبيت فقد ترك الحفظ لمَّا غيبها عن عينه، ومن مشايخنا من قال: هذا إذا لم يربطها بشيء، أما إذا ربطها لا يضمن؛ لأنه متعارف، وإن كان في الصحراء ونزل ليصلي وكان يمسكها فانفلتت منه فلا ضمان عليه؛ لأنه لما أمسكها لم يترك حفظها[٢].

وقد نصت المادة (٨١٣) من مجلة الأحكام العدلية على أن: العارية أمانة في يد المستعير فإذا هلكت أو ضاعت أو نقصت قيمتها بلا تعد ولا تقصير لا يلزم الضمان، مثلًا: إذا سقطت المرآة المعارة من يد المستعير بلا عمد، أو زلقت رجله فسقطت المرآة وانكسرت لا يلزمه الضمان، وكذا لو وقع على البساط المعار شيء فتلوث به ونقصت قيمته فلا ضمان، وهو ما جاء في المادة (٣٧٦) من تقنين الشريعة على مذهب أبي حنيفة التي نصت على كون العارية أمانة في يد المستعير لا تضمن إن هلكت من غير تعد.

وهذا هو الاتجاه الذي عبرت عنه القوانين المدنية العربية، فالمادة (٦٤١) مدني مصري تنص على أنه:

١ - « على المستعير أن يبذل في المحافظة على الشيء المعار العناية التي يبذلها في المحافظة على ماله، دون أن ينزل في ذلك من عناية الرجل المعتاد.

(١،٢) تبيين الحقائق: ٥/ ٩٠ بتصرف.

٢ - وفي كل حال يكون ضامنًا لهلاك الشيء إذا نشأ الهلاك عن حادث مفاجئ أو قوة قاهرة، وكان في وسعه أن يتحاشاه باستعمال شيء من ملكه الخاص، أو كان بين أن ينقذ شيئًا مملوكًا له أو الشيء المعار فاختار أن ينقذ ملكه ».

وهكذا فإن التزام المستعير في هذا الصدد التزام ببذل عناية؛ حيث يجب عليه أن يبذل في المحافظة على الشيء المعار العناية التي يبذلها في المحافظة على ماله، دون أن ينزل في ذلك عن عناية الرجل المعتاد، ومن ثم لا يكون مسؤولًا عن هلاك الشيء المعار أو تلفه أو تعيبه إذا أثبت أنه بذل في المحافظة عليه هذا القدر من العناية، فإن قصر في ذلك كان ضامنًا ما يترتب على تقصيره من تلف.

والقاعدة: أن المدين لا يسأل عن القوة القاهرة، وما لا يمكن التحرز عنه، فإنه لا ضمان فيه، ولكن المادة المذكورة أوردت استثناء لذلك، قصدت منه التشدد في تحمل المستعير، وهو إذا كان بوسعه إنقاذه بالتضحية بشيء من ملكه الخاص، أو إذا ما تلف الشيء المستعار إنقاذ شيء من ماله الخاص.

وهذه المادة تقابل المواد (٧٧٠) مدني أردني، (٦٥٦) كويتي، (٨٥٧، ٨٥٨) عراقي، (٦٠٥) سوري.

وينبـغي الالتفات إلى مخـالفة الحنابلة اتجـاه جمهـور الفقهاء والقوانين المدنية العربية، وذلك في تشديد الضمان على المستعير، واعتبار يده يد ضمان، بناءً على قاعدتهم القاضية بأن من حاز مالًا لغيره لمصلحة نفسه دون عوض ضمن تلفه وهلاكه، ولو كان التلف والهلاك بلا تعدٍّ أو تفريط.

***

(مادة ٧٦١): إذا أطلق المعير للمستعير الانتفاع في الوقت والمكان ونوع الاستعمال، جاز له أن ينتفع بالعارية[1] في أي وقت وفي أي مكان وبأي استعمال أراد، بشرط أن لا يتجاوز المعهود والمعروف، فإن تجاوزه وهلكت العارية ضمنها[2].

تناولت هذه المادة حق المستعير في الانتفاع بالعين المستعارة إذا أطلق المعير له ذلك،

(١) هذه المادة تتفق مع ما ورد في المادة (٦٣٧) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٢) يستفاد من الهندية من أوائل الباب الرابع في خلاف المستعير ص: ٣٤٦، ومن الدر أوسط العارية ص: ٥٠٤، وكذا يستفاد حكم ما بعدها مما ذكر، وهو ما جاء في شرح مختصر خليل: ٦/ ١٢٧، وأسنى المطالب: ٢/ ٣٣١، ومطالب أولي النهى: ٣/ ٧٣٢.

والحكم أنه إذا أطلق المعير للمستعير الانتفاع في الوقت والمكان ونوع الاستعمال، روعي هذا الإطلاق، وجاز له أن ينتفع بالعارية في أي وقت وفي أي مكان وبأي استعمال أراد، بشرط أن لا يتجاوز المعهود والمعروف، سواء كان مما يختلف باختلاف الاستعمال كالثوب والدابة أو لا يختلف كالدار، فإن أعار دابته إنسانًا ولم يسم مكانًا ولا زمانًا ولا الركوب ولا الحمل، فله أن يستعملها في أي مكان وزمان شاء، وله أن يركب أو يحمل؛ لأن الأصل في المطلق أن يجري على إطلاقه، وقد ملكه منافع العارية مطلقًا، فكان له أن يستوفيها على الوجه الذي ملكها، إلا أنه لا يحمل عليها ما يعلم أن مثلها لا يطيق بمثل هذا الحمل، ولا يستعملها ليلًا ونهارًا ما لا يستعمل مثلها من الدواب لذلك عادة، حتى لو فعل فعطبت يضمن؛ لأن العقد وإن خرج مخرج الإطلاق، لكن المطلق يتقيد بالعرف والعادة دلالة، كما يتقيد نصًّا.

وله أن يعير العارية عندنا، سواء كانت العارية مما يتفاوت في استيفاء المنفعة أو لا؛ لأن إطلاق العقد يقتضي ثبوت الملك للمستعير، فكان هو في التمليك من غيره على الوجه الذي ملكه متصرفًا في ملك نفسه، إلا أنه لا يملك الإجارة لما قلنا، فإن آجر وسلم إلى المستأجر ضمن؛ لأنه دفع مال الغير إليه بغير إذنه فصار غاصبًا، فإن شاء ضمنه وإن شاء ضمَّن المستأجر؛ لأنه قبض مال الغير بغير إذنه كالمشتري من الغاصب، إلا أنه إذا ضمن المستعير لا يرجع بالضمان على المستأجر؛ لأنه ملكه بأداء الضمان، فتبين أنه آجر ملك نفسه.

وإن ضمن المستأجر، فإن كان عالما بكونها عارية في يده لا يرجع على المستعير، وإن لم يكن عالمًا بذلك يرجع عليه؛ لأنه إذا لم يعلم به فقد صار مغرورًا من جهة المستعير، فيرجع عليه بضمان الغرور، وهو ضمان الكفالة في الحقيقة، وإذا كان عالمًا لم يصر مغرورًا من جهته فلا يرجع عليه، وهل يملك الإيداع؟ اختلف المشايخ فيه، قال مشايخ العراق: يملك، وهو قول بعض مشايخنا؛ لأنه يملك الإعارة، فالإيداع أولى؛ لأنها دون الإعارة وقال بعضهم: لا يملك؛ استدلالًا بمسألة مذكورة في الجامع الصغير، وهي أن المستعير إذا ردَّ العارية على يد أجنبي ضمن، ومعلوم أن الرد على يده إيداع إياه، ولو ملك الإيداع لما ضمن[1].

وهذا ما تناولته المادة (٨١٦) من مجلة الأحكام العدلية، والتي تنص على أنه: إذا كانت الإعارة مطلقة، أي لم يقيدها المعير بزمان أو مكان أو بنوع من أنواع الانتفاع، كان للمستعير استعمال العارية في أي زمان ومكان شاء، على الوجه الذي يريده،

---

(١) بدائع الصنائع: ٦/ ٢١٦ بتصرف، وراجع في معناها تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٥/ ٨٧، العناية شرح الهداية: ٩/ ١٣، الجوهرة النيرة: ١/ ٣٥٢، فتح القدير: ٩/ ١٣.

لكن يقيد ذلك بالعرف والعادة.

وتتفق هذه المادة مع اتجاهات القوانين العربية الحديثة في هذا الصدد؛ فالمادة (٦٣٧) مصري تنص على أنه:

١ - « ليس للمستعير أن يستعمل الشيء المعار إلا على الوجه المعين، وبالقدر المحدد، وذلك وفقًا لما يبينه العقد أو تقبله طبيعة الشيء أو يعينه العرف، ولا يجوز له دون إذن المعير أن ينزل عن الاستعمال للغير، ولو على سبيل التبرع.

٢ - ولا يكون مسؤولًا عمَّا يلحق الشيء من تغير أو تلف بسبب الاستعمال الذي تبيحه العارية ».

وتقابل هذه المادة المواد (٨٥١، ٨٥٢) مدني عراقي، (٧٧٢) مدني أردني، (٦٠٧) سوري، (٦٥٣) كويتي.

***

● (مادة ٧٦٢): إذا قيد المعير نوع الاستعمال أو وقته أو مكانه، فليس للمستعير أن يستعملها في غير الوقت والمكان المعينين، وليس له مخالفة نوع الاستعمال المأذون به ومجاوزته إلى ما فوقه ضررًا، وإنما له استعماله استعمالًا مماثلًا لما قيد به أو أخف منه ضررًا[١].

تناولت هذه المادة حكم تقييد المعير انتفاع المستعير بقيد، سواء كان مكانًا أو زمانًا أو استعمالًا، وأنه يتقيد في هذا الانتفاع بما قيده به، سواء اختلف الانتفاع باختلاف الاستعمال أو لم يختلف، وذلك أن ملكية المنفعة في العارية ملكية ناقصة؛ لأنها بغير عوض، ولتعلقها بعين يمتلكها المالك، فيراعى فيه القيد ما أمكن؛ لأن أصل اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذي تصرف، إلا إذا لم يكن اعتباره لعدم الفائدة ونحو ذلك، فلغا الوصف؛ لأن ذلك يجري مجرى العبث، ثم إنما يراعى القيد فيما دخل، لا فيما لم يدخل؛ لأن المطلق إذا قيد ببعض الأوصاف يبقى مطلقًا فيما وراءه، فيراعى عند الإطلاق[٢].

ولهذا فإنه إن قيد المالك الانتفاع بزمان معين فلا بد من اعتبار قيده، وعلى المستعير أن يرد العين المستعارة بعد انتهاء المدة المحددة، طلبها المعير أو لم يطلبها؛ لأن مؤنة رد الإعارة على المستعير لا على المعير، بخلاف الإجارة فإن مؤنة ردها على المؤجر لا المستأجر، وإن أمسكها بعد مضي المدة فإنه يضمن، فمثلًا: إن استعار الدابة يومًا إلى الليل، وأمسكها بعد

(١) الاختيار: ٢/ ١١٩، وتحفة المحتاج في شرح المنهاج: ٥/ ٤٣٧، وكشاف القناع: ٤/ ٦٧.

(٢) بدائع الصنائع: ٦/ ٢١٦.

مضي اليوم فهو ضامن لها؛ لأنه لما وقَّت فقد بيَّن أنه غير راضٍ بقبضه إياها فيما وراء المدة، فإذا أمسكها بعد مضي المدة كان ممسكًا لها بغير رضا صاحبها فيضمنها[١].

وكذا لو قيدها بالمكان بأن قال: على أن تستعملها في مكان كذا في المصر يتقيد به، وله أن يستعملها في أي وقت شاء بأي شيء شاء؛ لأن التقييد لم يوجد إلا بالمكان، فبقي مطلقًا فيما وراءه، لكنه لا يملك أن يجاوز ذلك المكان، حتى لو جاوزه دخل في ضمانه، ولو أعادها إلى المكان المأذون لا يبرأ عن الضمان، حتى لو هلكت من قبل التسليم إلى المالك يضمن[٢].

أما التقييد بالاستعمال فقد يكون مفيدًا وقد لا يكون مفيدًا، فيكون مفيدًا في حالة اختلافه باختلاف الاستعمال كالدابة والثوب، ويكون غير مفيد في حالة عدم اختلافه، فإذا أعار الدابة ليحمل عليها الحنطة فجعل ينقل عليها الحنطة أيامًا، فلا ضمان عليه؛ لأن الإذن من المالك مطلق، فلا ينعدم حكمه إلا بالنهي والمطالبة بالرد، ولم يوجد، وإن حمل عليها الآجر أو اللبن أو الحجارة فعطبت فهو ضامن؛ لأنه خالف ما أمره به نصًّا، فصار غاصبًا مستعملًا بغير إذنه.

وإنما يكون الخلاف في الاستعمال الزائد في الضرر على ما عيَّنه المالك، فإن استعمله في مثل ما عيَّنه في الضرر أو أخف لم يضمن بالمخالفة، كما لو استعار الدابة ليحمل عليها حنطة فحمل حديدًا أو آجرًّا، فإن التقييد هنا مفيد ومعتبر، ويجب الضمان بمثل هذه المخالفة.

لذا فإنه إن استعارها ليحمل كذا وكذا ثوبًا هرويًّا، فحمل عليها مثل ذلك مرويًّا أو فوهيًّا أو نرمقًا لم يضمن؛ لأن التقييد بالهروي غير مفيد، فإن سائر أجناس الثياب كالهروي في الضرر على الدابة، وكذلك في الوزنيات من الأدهان وغيرها، والقاعدة أن كل تقييد يكون مفيدًا فهو معتبر، وإذا خالف ذلك كان ضامنًا، وما لا يكون مفيدًا لا يعتبر[٣].

وإن استعار ثوبًا ليلبسه هو فأعطاه غيره فلبس فهو ضامن؛ لأن الناس يتفاوتون في لبس الثوب، ولبس القصاب والدباغ لا يكون كلبس البزاز والعطار، فكان هذا تقييدًا مفيدًا في حق صاحب الثوب، فإذا ألبسه المستعير غيره صار مخالفًا، وكذلك الدابة إذا استعارها ليركبها هو؛ لأن الناس يتفاوتون في الركوب، فرب راكب يروض الدابة، وآخر يقتلها، فأما إذا استعاره ولم يسم من يلبسه فأعاره غيره لم يضمن؛ لأن صاحب الثوب رضي باستيفاء منفعة اللبس

---

(١) المبسوط: ١١/١٣٨.
(٢) بدائع الصنائع: ٦/٢١٦.
(٣) المبسوط: ١١/١٣٨.

من ثوبه مطلقًا، فسواء لبسه المستعير أو غيره لم يكن مخالفًا لما نص عليه المستعير.

وكذلك إن كان المستعار مما لا تتفاوت الناس في الانتفاع به كسكنى الدار؛ لأن تقييده هنا بنفسه غير مفيد، فيكون وجوده كعدمه، وهو بناء على أصلنا أن للمستعير أن يعير، وعند الشافعي - رحمه اللَّه تعالى -: ليس للمستعير أن يعير؛ لأنه منتفع بملك الغير بإذنه، فلا يكون له أن يأذن لغيره في ذلك، كالمباح له الطعام لا يبيح لغيره، وهذا لأنه يسوِّي غيره بنفسه فيما هو من حق الغير، وإنما له هذه الولاية في حق نفسه لا في حق الغير، ألا ترى أن الوكيل بالتصرف لا يوكل غيره به، وحجتنا في ذلك أن المستعير مالك للانتفاع بهذه العين، فيملك أن يعيره من غيره، كالمستأجر والموصى له بالخدمة، وهذا لما بينًا أن المستعير يملك المنفعة بالعارية[1].

وقد نصت المادة (٨١٧) من مجلة الأحكام العدلية على أنه: إذا كانت الإعارة مقيدة بزمان أو مكان، يعتبر ذلك القيد، فليس للمستعير مخالفته، مثلًا: إذا استعار دابة ليركبها أربع ساعات، وكذلك استعار فرسًا ليركبه إلى محل، فليس له أن يركبه إلى محلٍّ غيره.

وهذا هو ذاته ما عبرت عنه القوانين المدنية العربية، فالمادة (٦٣٩) مدني مصري تنص على أنه:

١ - « ليس للمستعير أن يستعمل الشيء المعار إلا على الوجه المعين، وبالقدر المحدد، وذلك طبقًا لما بينه العقد، أو تقبله طبيعة الشيء، أو يعينه العرف، ولا يجوز له دون إذن المعير أن ينزل عن الاستعمال للغير ولو على سبيل التبرع.

٢ - ولا يكون مسؤولًا عما يلحق الشيء من تغير أو تلف بسبب الاستعمال الذي تبيحه العارية ».

وتقابل هذه المادة ما جاء في القانون المدني الأردني، مادة (٧٧٢)، ونصها:

١ - « للمستعير أن ينتفع بالعارية على الوجه المعتاد في الإعارة المطلقة التي لم تقيد بزمان أو مكان أو بنوع الانتفاع.

٢ - فإذا كانت مقيدة بزمان أو مكان، وجب عليه مراعاة هذا القيد، وليس له عند تعيين نوع الانتفاع أن يجاوز القدر المماثل أو الأقل ضررًا ».

وهو ما جاء كذلك في المواد (٨٥١، ٨٥٢) مدني عراقي، (٦٥٣) كويتي، (٦٠٦) سوري.

***

---

(١) المبسوط: ١١/ ١٤١.

❁ (مادة ٧٦٣): إذا أطلق المعير للمستعير الإذن بالانتفاع ولم يعين منتفعًا، جاز للمستعير أن ينتفع بنفسه بالعين المستعارة، وأن يعيرها لمن شاء، سواء كانت مما يختلف باختلاف المستعمل أم لا، ما لم يكن قد استعملها بنفسه، وكانت مما يختلف بالاستعمال، فليس له بعد ذلك إعارتها لغيره.

وإن قيدها المعير وعين منتفعًا يعتبر تعيينه فيما يختلف باختلاف المستعمل، فلا يملك المستعير إعارتها لغيره[1]، وإن خالف وأعارها فهلكت فعليه ضمانها، ولا يعتبر تعيينه فيما لا يختلف باختلاف المستعمل، فيملك المستعير إعارتها لغيره، ولا يضمن إن أعارها وهلكت في يد المستعير الثاني[2].

تناولت هذه المادة حكم إعارة المستعير للعين المستعارة فيما يختلف باختلاف الاستعمال، أو لا يختلف فيما لو أطلق المعير للمستعير الانتفاع أو قيده.

في المذهب الحنفي: أن المستعير له أن يعير، خلافًا للشافعي الذي رأى أنه ليس للمستعير أن يعير؛ لأنه منتفع بملك الغير بإذنه، فلا يكون له أن يأذن لغيره في ذلك، كالمباح له الطعام لا يبيح لغيره، وهذا لأنه يسوِّي غيره بنفسه فيما هو من حق الغير، وإنما له هذه الولاية في حق نفسه لا في حق الغير، وحجتنا في ذلك أن المستعير مالك للانتفاع بهذه العين، فيملك أن يعيره من غيره، كالمستأجر والموصى له بالخدمة، وهذا لما بينًّا أن المستعير يملك المنفعة بالعارية، فإن من أعارك شيئًا فقد جعل لك منفعة ذلك الشيء، فإذا ثبت أنه مالك للمنفعة فهو بالتمليك من الغير يتصرف في ملك نفسه، وذلك صحيح، بخلاف المباح له الطعام، فإنه لا يملك الطعام، وإنما يتناوله على ملك المبيح، ففيما يتفاوت الناس في الانتفاع به لا يعيره من غيره، ما لم يكن قد استعملها بنفسه، وكانت مما يختلف بالاستعمال، فليس له بعد ذلك إعارتها لغيره.

وقد نصت المادة (٣٨٨) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان على أنه: « للمستعير أن يعير ما لا يختلف باختلاف المستعمل، سواء عين المستعير مستعملًا أو لم يعين »، كما نصت المادة (٣٨٩) من هذا التقنين على أنه: «ليس للمستعير أن يعير ما يختلف باختلاف المستعمل إن عين المعير مستعملًا، وإن أطلق ولم يعين جاز،

---

(١) هذه المادة تتفق مع ما ورد في المادة (٦٣٨) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٢) يستفاد حكمها والفقرة بعدها من الدر ورد المحتار من أوسط العارية ص: ٥٠٣، ٥٠٤، وشرح مختصر خليل: ٦/ ١٢٢، وأسنى المطالب: ٢/ ٣٢٥، والإنصاف: ٦/ ١١٥.

ما لم يتعين بفعل المستعير »[١].

وتتفق هذه المادة مع ما ورد في المادة (٦٣٨) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، ونصها: « لا يجوز للمستعير أن يعير الشيء المعار، أو يؤجره، أو يرهنه، أو ينزل عن استعماله لشخص آخر، إلا بإذن من المعير »[٢].

ومقتضى ذلك أنه لا يجوز للمستعير أن يبرم تصرفًا يرتب للغير حقًّا في منفعة الشيء المعار أو في عينه، بإعارة أو إجارة أو رهن أو نزول عن الاستعمال، إلا بإذن من المعير، فإن فعل ذلك دون إذن، جاز للمعير فسخ العارية، والرجوع عليه بالتعويض؛ ذلك أن العارية تبرع تراعى فيه عادة شخصية المستعير.

ويتفق ذلك مع اتجاهات القوانين المدنية العربية، طبقًا لما تدل عليه المواد (٦٣٩) مدني مصري، (٧٧٤) مدني أردني، (٦٥٤) من التقنين الكويتي، والمادتين (٨٥٢ و ٨٥٥) من التقنين العراقي.

***

❁ (مادة ٧٦٤): إذا نهى المعيرُ المستعيرَ عن إعارة العين لغيره، فأعارها وهلكت العارية، يضمن المستعير مطلقًا، سواء كانت العارية مما يختلف باختلاف المستعمِل أم لا[٣].

تناولت هذه المادة حكم هلاك العين المستعارة في يد غير المستعير، وضمانها إذا أعارها رغم نهي المعير المستعير عن إعارة العين لغيره.

ذلك أنه إذا نهى المعيرُ المستعيرَ عن إعارة العين لغيره، فليس له أن يعيرها لغيره، وإن هلكت العارية يضمن المستعير مطلقًا، سواء كانت العارية مما يختلف باختلاف المستعمل أم لا، ففي الخلاصة: رجل استعار من رجل شيئًا فأعاره وقال: لا تدفع إلى غيرك، فدفع فهلك ضمن فيما يتفاوت وفيما لا يتفاوت، وبدون النهي يعار فيما لا يتفاوت كالدار والأرض، وفيما يتفاوت لا.

وهذا ما تناولته المادة (٨٢٠) من مجلة الأحكام العدلية، والتي تنص على أنه: يعتبر

---

(١) تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، الطبعة التمهيدية، القسم الثاني، مجمع البحوث الإسلامية.

(٢) هذه المادة تتفق مع العبارة التي جاءت في نهاية الفقرة الأولى من المادة (٦٣٩) من مشروع القانون المدني المصري، حيث تقول: « ولا يجوز له (المستعير) دون إذن المعير أن ينزل عن الاستعمال للغير، ولو على سبيل التبرع ».

(٣) يستفاد حكم هذه المادة من الدر أوسط العارية ص: ٥٠٤، تكملة رد المحتار: ٨/ ٣٩٠، وأسنى المطالب: ٢/ ٣٢٥، وكشاف القناع: ٤/ ٧٢.

تعيين المنتفع في إعارة الأشياء التي تختلف باختلاف المستعملين، ولا يعتبر في إعارة الأشياء التي لا تختلف به، إلا أنه إن كان المعير نهى المستعير عن أن يعطيه لغيره، فليس للمستعير أن يعيره لآخر ليستعمله.

مثلًا: لو قال المعير للمستعير: أعرتك هذا الفرس لتركبه أنت، فليس له أن يُرْكِبَ خادمه إياه، وأما لو قال له: أعرتك هذا البيت لتسكنه أنت، كان للمستعير أن يسكنه، وأن يسكن فيه غيره، لكن إذا قال له أيضًا: لا تسكن فيه غيرك، فليس له حينئذ أن يسكن فيه غيره.

والاتجاه فى القوانين المدنية العربية أن العارية عقد تبرع تراعى فيه عادة شخصية المستعير، وهو ما يتطابق مع اتجاه المذهب الشافعي الذي يرى كما تقدم أنه: ليس للمستعير أن يعير أو يتصرف أي تصرف للغير إلا بإذن المعير، أما المذهب الحنفي فيتوسع في فهم هذا الإذن، ويراه موجودًا دلالة إذا لم ينه المعير المستعير عن التصرف في العارية بالإعارة للغير، أو إذا سكت، وكان استعماله المعار لا يختلف باختلاف المستعملين، والاتفاق على أنه لا يصح للمعير أن يتصرف على خلاف إذن المعير.

***

❁ **(مادة ٧٦٥): إذا كانت الإعارة لعمل معين، فعلى المستعير رد العارية بعد الفراغ من العمل الذي استعارها له، وليس له إعارتها بعده، فإن أعارها وهلكت فعليه ضمانها، سواء كانت مما يختلف باختلاف المستعمِل أم لا[1].**

تناولت هذه المادة فراغ المستعير من العمل الذي قيده المعير به، وما هو واجب على المستعير من رد الشيء المعار عقبه، وأن عليه أن يسلم العين المستعارة للمعير، وليس له أن يعيرها بعد فراغه منه، فالمعير قد بيَّن أنه غير راض بقبضه إياها فيما وراء هذا العمل، فإذا أمسكها بعده كان ممسكًا لها بغير رضا صاحبها فيضمنها، كما في المودع إذا طولب بالرد فلم يرد حتى هلكت.

وهذا بخلاف المستأجر فإنه بعد مضي المدة إذا أمسكها لا يضمنها، ما لم يطالبه صاحبها بالرد؛ لأن مؤنة الرد هناك ليست على المستأجر، ولكنها على المالك، فإذا لم يحضر المالك ليأخذها لم يوجد من المستأجر منع يصير به ضامنًا، وهنا مؤنة الرد على المستعير، فإذا أمسكها بعد العمل فقد وجد منه الامتناع من الرد المستحق عليه، وذلك موجب ضمان المستعار

(١) يستفاد من تنقيح الحامدية أواخر العارية ص: ٩٧، رد المحتار: ٨/ ٣٩٢، وشرح مختصر خليل: ٦/ ١٢٧، ونهاية المحتاج: ٥/ ١٣٠، وشرح كشاف القناع: ٤/ ٦٩.

عليه، وإنما وجب الضمان، سواء كان مما يختلف باختلاف الاستعمال أو لا يختلف.

لأن حكم العقد انتهى بانقضاء العمل أو الطلب، فصارت العين في يده كالمغصوب، والمغصوب مضمون الرد حال قيامه، ومضمون القيمة حال هلاكه، وأجرة رد العارية على المستعير، وأجرة رد العين المستأجرة على المؤجر؛ وذلك لأن الأجر مؤنة الرد، فمن وجب عليه الرد وجب أجره، والرد في العارية واجب على المستعير؛ لأنه قبضه لمنفعة نفسه، والغرم بإزاء الغنم، وفي الإجارة ليس الرد واجبًا على المستأجر، وإنما الواجب عليه التمكين والتخلية؛ لأن منفعة قبضه سالمة للمؤجر معنىً، فيكون عليه مؤنة رده لما ذكرنا، وعلى هذا كان أجرة رد المغصوب على الغاصب؛ لأن الواجب عليه الرد دفعًا للضرر عن المالك، فتكون المؤنة عليه.

وتتفق هذه المادة مع اتجاهات القوانين العربية طبقًا لما عبرت عنه المادة (٦٤١) مدني مصري، ونصها:

١ - « متى انتهت العارية وجب على المستعير أن يرد الشيء المعار بالحالة التي يكون عليها، وذلك دون إخلال بمسؤوليته عن الهلاك أو التلف.

٢ - ويجب رد الشيء في المكان الذي يكون المستعير قد تسلمه فيه، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك ».

وفي المادة (٧٧٨) مدني أردني أنه:

١ - « إذا انفسخت الإعارة أو انتهت وجب على المستعير رد العارية إلى صاحبها، والامتناع عن استعمالها، ما لم يجز له القانون أو استبقاءها.

٢ - وإذا انفسخت بموت المستعير لزم الورثة تسليمها إلى المعير عند الطلب ».

وهو ما جاء كذلك في المواد (٨٥٦، ٨٦٠) عراقي، (٦٥٧) كويتي، (٦٠٨) سوري.

***

❁ (مادة ٧٦٦): لا يملك المستعير إيداع العين المستعارة عند غيره، في جميع المواضع التي لا يملك فيها الإعارة، فإن أودعها فهلكت عند المستودع فعلى المستعير ضمانها[1].

تناولت هذه المادة الحالات التي لا يملك فيها المستعير إيداع العين المستعارة عند غيره، والضابط أن المستعير لا يملك إيداع العين المستعارة في الأحوال التي لا يملك فيها إعارتها.

---

(١) يستفاد حكمها من أواخر العارية في تنقيح الحامدية ص: ٩٦ وكذا ما بعدها، تكملة رد المحتار: ٨/ ٣٩٢.

وطبقًا لذلك فإن المستعير إذا بعث العارية إلى صاحبها على يد أجنبي فهلكت في يد الرسول ضمن المستعير العارية، وليس ذلك إلا إيداعًا منه، قال الباقلّاني: هذا القول أصح؛ لأن الإيداع تصرف في ملك الغير وهو العين بغير إذنه قصدًا، فلا يجوز، بخلاف الإعارة؛ لأنه تصرف في المنفعة قصدًا، وتسليم العين من ضروراته فافترقا، وذهب كثيرمن الأحناف إلى أنه يجوز، منهم مشايخ العراق وأبو الليث والشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل والصدر الكبير برهان الأئمة؛ لأن الإيداع دون الإعارة، والعين وديعة عند المستعير في العارية، فإذا ملك الأعلى فأولى أن يملك الأدنى؛ لأنه لما ملك الإعارة مع أن فيها إيداعًا وتمليك المنافع، فلأن يملك الإيداع وليس فيه تمليك المنافع أولى.

وأما الرد على المسألة فهي محمولة على ما إذا كانت العارية مؤقتة فمضت مدتها، ثم بعثها مع الأجنبي؛ لأنه بإمساكها بعد مضي المدة يصير متعديًا، حتى إذا هلكت في يده ضمن، فكذا إذا تركها في يد الأجنبي؛ وهذا لأن الوديعة أدنى حالًا من العارية، فإذا كان يملك الإعارة فيما لا يختلف فأولى أن يملك الإيداع على ما بينا من قبل، ولا يختص بشيء دون شيء؛ لأن الكل لا يختلف في حق الإيداع، وإنما يختلف في حق الانتفاع.

وإليه أشار محمد في آخر كتب كتاب العارية، فإنه قال: المعير إذا وجد الدابة المستعارة في يد رجل يزعم أنها ملكه فهو خصم، وإذا قال الذي في يديه: قد أودعنيها فلان الذي أعرتها منه، فليس بخصم، فهذا يدل على أن للمستعير أن يودع، وعليه الفتوى، فالمستعير يملك الإيداع فيما يملك الإعارة، وهو ما لا يختلف باختلاف المستعملين، وظاهره أنه يملك الإيداع فيما يختلف، وليس كذلك، لكن لا يملك المستعير الإيداع في الأحوال التي لا يملك فيها الإعارة، وذلك إذا نهى المعير المستعير عن إعارته العين المستعارة لغيره، أو عند تخصيص المعير المنفعة بالمستعير، فيما يختلف باختلاف الاستعمال.

ويتجه القانون المدني الأردني اتجاهًا يخالف ما ترجح في هذه المادة، ويقترب مما ذهب إليه أكثر الأحناف، وهو أنه: « يجوز للمستعير أن يودع العارية لدى شخص أمين قادر على حفظها، ولا يضمنها إذا هلكت عنده دون تعد أو تقصير »، وهذا هو منصوص المادة (٧٧٥) من هذا القانون، فالمدار هو قدرة المودع على الحفظ وأمانته لا جواز الإعارة أو عدم جوازها، وهو مذهب أكثر الأحناف.

***

❁ (مادة ٧٦٧): يجوز للمستعير أن يودع العين المستعارة عند غيره، في كل موضع يملك فيه الإعارة، فإن هلكت عند المستودع بلا تعدِّيه فلا ضمان عليه[(١)].

تناولت هذه المادة الحالات التي يملك المستعير فيها إيداع العين المستعارة عند غيره، وذلك بعد تناول المادة السابقة الحالات التي لا يملك فيها المستعير إيداع العين المستعارة عند غيره، وإنما يملك المستعير الإعارة في حالة إطلاق المعير الانتفاع وعدم تقيدها بمنتفع، سواء كان مما يختلف باختلاف الاستعمال أو مما لا يختلف، وكذا إذا قيدها بمنتفع، ولكنها لا تختلف باختلاف الاستعمال كالدار؛ لأنه لا عبرة بقيده؛ لأنه لا يفيد، والقيد الذي لا يفيد لا اعتداد به.

وعليه.. فإذا أطلق المعير الانتفاع للمستعير، ولم يقيده بمنتفع، فإنه يملك إيداع العين المستعارة عند غيره، سواء كانت تختلف باختلاف الاستعمال أو لا تختلف، وإن هلكت فلا ضمان عليه؛ لأنه لم يتعد، وكذا إذا قيد المعير الانتفاع بالعين المستعارة للمستعير دون غيره، وكانت لا تختلف باختلاف الاستعمال، فإن المستعير هنا يملك إيداعها عند غيره، ولا ضمان عليه إن هلكت بلا تعدِّيه.

ورجح أن المستعير له أن يودع على المفتى به، وهو المختار، وصحح بعضهم عدمه، ويتفرع عليه ما لو أرسلها على يد أجنبي فهلكت، ضمن على الثاني لا الأول.

وقد تقدم أن الاتجاه الذي عبرت عنه المادة (٧٧٥) مدني أردني هو إطلاق حق المستعير في إيداع الشيء المستعار، متى كان المودع شخصًا أمينًا قادرًا على الحفظ، دون تفريق بين الأحوال التى يملك فيها الإعارة، أو التي لا يملك فيها ذلك.

***

❁ (مادة ٧٦٨): لا يجوز للمستعير أن يؤجر العين المستعارة، ولا أن يرهنها، إلا إذا كان استعارها ليرهنها بإذن المعير، فإن آجرها بلا إذنه فهلكت في يد المستأجر فللمعير الخيار، إن شاء ضَمَّن المستعير، وإن شاء ضَمَّن المستأجر، فإن ضمَّن المستعير فلا رجوع للمستعير على أحد بما ضمنه، وإن ضمَّن المستأجر فله الرجوع على المستعير إذا لم يعلم وقت الإجارة أنها عارية في يده.

وإن رهنها وهلك الرهن المستعار في يد المرتهن، وضَمَّن المعيرُ المستعيرَ يتم الرهن فيما بين المستعير الراهن وبين المرتهن[(٢)].

---

(١) انظر المادة (٨٢٤) من مجلة الأحكام العدلية.

(٢) يستفاد حكم فقراتها من الدر ورد المحتار من أوائل العارية: ٨/ ٣٩٣، حيث جاء: « فإن آجر المستعير، أو رهن =

تناولت هذه المادة حكم إجارة المستعير العين المستعارة، وكذلك رهن المستعير لها، وذلك بعد المادة السابقة التي تناولت ضابط الحالات التي يجوز فيها إيداع المستعير للعين المستعارة عند غيره، وتقضي هذه المادة بأنه: ليس للمستعير بدون إذن المعير أن يتصرف في الشيء المستعار تصرفًا يرتب لأحد حقًّا في منفعتها أو عينها بإجارة أو رهن؛ ذلك أن المستعير ملك المنفعة بغير عوض فلا يملك أن يُمَلِّكها بعوض، وكما أن الإعارة عقد غير لازم والإجارة عقد لازم، فلو ملك المستعير الإجارة لكان فيه إثبات صفة اللزوم بما ليس بلازم، أو سلب صفة اللزوم عن اللازم، وكل ذلك باطل؛ لأن انقلاب الإعارة من الجواز إلى اللزوم فيه ضرر بالمعير، فإنه ملكه على وجه يتمكن من الاسترداد، وإجارته انقلبت إلى وجه لا يمكن للمعير أن يرجع عن الإعارة ويستردها إلا بعد قضاء عقد الإجارة الذي وقعه المستعير، وهو نظير ما لو استأجر دابة أو ثوبًا ليس له أن يؤاجر من غيره، وإن ملك منفعة اللبس والركوب.

ولكن لما كان الناس يتفاوتون في ذلك، ففي الإجارة من غيره إضرار بالآخر، فإن خالف ذلك و آجر وسلم إلى المستأجر ضمن؛ لأنه دفع مال الغير إليه بغير إذنه فصار غاصبًا، فإن شاء ضمنه وإن شاء ضمن المستأجر؛ لأنه قبض مال الغير بغير إذنه كالمشتري من الغاصب، إلا أنه إذا ضمن المستعير لا يرجع بالضمان على المستأجر؛ وإن ضمن المستأجر، فإن كان عالمًا بكونها عارية في يده لا يرجع على المستعير، وإن لم يكن عالمًا بذلك يرجع عليه؛ لأنه إذا لم يعلم به فقد صار مغرورًا من جهة المستعير فيرجع عليه بضمان الغرور، وهو ضمان الكفالة في الحقيقة، وإذا كان عالمًا لم يصر مغرورًا من جهته فلا يرجع عليه.

ليس للمستعير أن يرهن العين المستعارة؛ لأن الرهن إيفاء، وليس له أن يوفي دينه بمال غيره بغير إذنه، ولأن فيه ضررًا؛ لأن الرهن عقد لازم بعد القبض من جهة الراهن فصار كالإجارة، ولأن الإعارة دون الإجارة والرهن، والشيء لا يتضمن ما فوقه، فإن رهن المستعير فهلكت العارية ضمَّنه المعير؛ لأنها إذا لم تتناولهما كان كلٌّ منهما غصبًا، ولا يرجع المستعير على أحد.

قال بعض أهل العلم: حكم المرتهن في هذه الصورة حكم الغاصب كما ذكره نوح أفندي؛ لأنه قبض مال الغير بلا إذنه ورضاه، فيكون للمعير تضمينه، وبأداء الضمان يكون الرهن هالكًا على ملك مرتهنه، ولا رجوع له على الراهن المستعير بما ضمن؛ لما علمت من كونه غاصبًا ويرجع بدينه.

=فهلكت ضمنه المعير للتعدي، ولا رجوع له (للمستعير) على أحد».

وقد نصَّت المادة (٨٢٣) من مجلة الأحكام العدلية على أنه: « ليس للمستعير أن يؤجر العارية ولا أن يرهنها بدون إذن المعير، وإذا استعار مالًا ليرهنه على دين عليه في بلد، فليس له أن يرهنه على دين عليه في بلد آخر، فإذا رهنه فهلك لزمه الضمان.

وهذا يتوافق مع ما ورد في المادة (٣٨٥) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، ونصها: «ليس للمستعير أن يؤجر ما استعاره أو يرهنه».

كما نصت المادة (٣٨٦) من هذا التقنين على أنه:

١ - « إذا أجر المستعير العين المستعارة فهلكت، فللمعير أن يضمن أيهما شاء.

٢ - فإذا ضَمَّن المعير المستعير فليس له الرجوع على المستأجر.

٣ - وإن ضَمَّن المعير المستأجر رجع على المؤجر إن لم يعلم المستأجر أنه عارية ».

كما نصت المادة (٣٨٧) على ما يلي:

١ - « إذا رهن المستعير العين المستعارة فهلكت، فللمعير أن يضمن أيهما شاء.

٢ - فإذا ضَمَّن المعير المستعير فليس له الرجوع على المرتهن.

٣ - وإن ضَمَّن المعير المرتهن لا يرجع على الراهن بما ضمنه، ويرجع بدينه ».

وهو الاتجاه الذي قررته القوانين المدنية العربية؛ ففي المادة (٦٣٩) مدني مصري أنه: « لا يجوز للمستعير دون إذن المعير أن ينزل عن الاستعمال للغير ولو على سبيل التبرع ».

وتقرر المادة (٧٧٤) مدني أردني هذا المعنى على نحو أوضح؛ حيث نصت على أنه: « لا يجوز للمستعير بدون إذن المعير أن يتصرف في العارية تصرفًا يرتب لأحد حقًّا في منفعتها أو عينها بإعارة أو رهن أو إجارة أو غير ذلك ».

وهو ما جاء كذلك في المادة (٦٥٤) مدني كويتي، (٨٥٣)، (٨٥٥) عراقي، (٦٠٦) سوري.

***

(مادة ٧٦٩): للمعير أن يسترد العارية ويرجع فيها في أي وقت شاء، ولو كانت مؤقتة أو كان في استردادها ضرر، إلا إذا كان الضرر لزواله نهاية معلومة كالزرع، أو كان قريب الزوال فليس للمستعير الاسترداد، وتبقى العين في يد المستعير بأجر المثل حتى يزول الضرر[1].

عقد الإعارة عقد غير لازم، لا يشترط فيه إعلام المدة أو المكان؛ لأن اشتراط ذلك في

---

(١) يستفاد من الدر أوسط العارية ص: ٥٠٤، ٥٠٥، وتكملة رد المحتار في المحل المذكور: ٨/ ٣٨٦؛ حيث جاء: « يرجع المعير متى شاء ولو مؤقتة أو فيه ضرر فتبطل، وتبقى العين بأجر المثل كمن استعار أمة لترضع ولده، وصار =

المعاوضات لقطع المنازعة، وذلك لا يوجد في العارية؛ لأن حق الاسترداد للمعير، فلهذا لا يشترط إعلام المكان، ولا إعلام المدة، ولا إعلام ما يحمل على الدابة، وعلى هذا فإن امتلاك المستعير للمنفعة ملك غير لازم؛ لأنه ملك لا يقابله عوض، فلا يكون لازمًا كالملك الثابت بالهبة، فكان للمعير أن يرجع في العارية، سواء أطلق العارية أو وقَّت لها وقتًا، وعلى هذا إذا استعار من آخر أرضًا ليبني عليها أو ليغرس فيها، ثم بدا للمالك أن يخرجه فله ذلك، سواء كانت العارية مطلقة أو موقتة؛ لما قلنا، غير أنها إن كانت مطلقة له أن يجبر المستعير على قلع الغرس ونقض البناء؛ لأن في الترك ضررًا بالمعير؛ لأنه لا نهاية له، وإذا قلع ونقض لا يضمن المعير شيئًا من قيمة الغرس والبناء؛ لأنه لو وجب عليه الضمان لوجب بسبب الغرور، ولا غرور من جهته، حيث أطلق العقد ولم يوقت فيه وقتًا فأخرجه قبل الوقت، بل هو الذي غرر نفسه؛ حيث حمل المطلق على الأبد، وإن كانت موقتة فأخرجه قبل الوقت لم يكن له أن يخرجه، ولا يجبر على النقض والقلع، والمستعير بالخيار إن شاء ضمَّن صاحب الأرض قيمة غرسه وبنائه قائمًا سليمًا وترك ذلك عليه؛ لأنه لما وقت للعارية وقتًا ثم أخرجه قبل الوقت فقد غرَّه، فصار كفيلًا عنه فيما يلزمه من العهدة؛ إذ ضمان الغرور كفالة، فكان له أن يرجع عليه بالضمان.

ويملك صاحب الأرض البناء والغرس بأداء الضمان؛ لأن هذا حكم المضمونات أنها تملك بأداء الضمان، وإن شاء أخذ غرسه وبناءه ولا شيء على صاحب الأرض، ثم إنما يثبت خيار القلع والنقض للمستعير إذا لم يكن القلع أو النقض مضرًّا بالأرض، فإن كان مضرًّا بها فالخيار للمالك؛ لأن الأرض أصل والبناء والغرس تابع لها، فكان المالك صاحب أصل والمستعير صاحب تبع، فكان إثبات الخيار لصاحب الأصل أولى، إن شاء أمسك الغرس والبناء بالقيمة، وإن شاء رضي بالقلع والنقض.

هذا إذا استعار أرضًا للغرس أو البناء، فأما إذا استعار أرضًا للزراعة فزرعها، ثم أراد صاحب الأرض أن يأخذها، لم يكن له ذلك حتى يحصد الزرع، بل يترك في يده إلى وقت الحصاد بأجر المثل؛ لأن النظر من الجانبين ورعاية الحقَّين واجب عند الإمكان، وذلك ممكن في الزرع؛ لأن إدراك الزرع له وقت معلوم، فيمكن النظر من الجانبين: جانب المستعير

= لا يأخذ إلا ثديها فله أجر المثل إلى الفطام».

وفي حاشية رد المحتار: «يرجع المعير متى شاء؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «المنحة مردودة والعارية مؤداة» ووجه الاستدلال ظاهر، وفيه تعميم بعد التخصيص؛ لما عرف أن المنحة عارية خاصة، ولأن المنافع تحدث شيئًا فشيئًا، ويثبت الملك فيها بحسب حدوثها، فرجوعه امتناع عن تمليك ما لم يحدث، وله ذلك».

لا شك فيه، وجانب المالك بالترك إلى وقت الحصاد بالأجر، ولا يمكن في الغرس والبناء؛ لأنه ليس لذلك وقت معلوم، فكان مراعاة صاحب الأصل أولى[1].

وهذا هو الاتجاه الذي عبَّرت عنه القوانين المدنية العربية؛ ففي المادة (٧٦٣) مدني أردني أن: « الإعارة عقد غير لازم، ولكل من الطرفين إنهاؤه متى شاء، ولو ضرب له أجل ». وفي المادة (٧٦٩) من هذا القانون نفسه أنه:

١ - « إذا كانت الإعارة مؤقتة بأجل نصًّا أو عرفًا، فرجع المعير فيها قبل حلول الأجل، ولحق المستعير ضرر بسبب ذلك يلزم المعير تعويضه عن ضرره.

٢ - وإذا كان الرجوع يجعل المستعير في حرج، كالرجوع في واسطة النقل المعارة للسفر خلال الطريق، أو الرجوع في الأرض المعارة للزرع بعد زرعها قبل الأجل، كان للمستعير حق استبقاء العارية إلى أن يزول الحرج لقاء أجر مثلها عن المدة التي تلي الرجوع ».

وتستند هذه المادة الأخيرة طبقًا لما جاء في مذكرتها الإيضاحية إلى إعمال قاعدة: لا ضرر ولا ضرار، وقلب الإعارة إلى إجارة في حالة الضرر.

***

(مادة ٧٧٠): إذا كانت العارية من الأشياء النفيسة، فردها المستعير على يد غيره إلى المعير، فهلكت قبل وصولها إليه سالمة فعلى المستعير ضمانها، وإذا كانت من الأشياء غير النفيسة فإن ردها المستعير على يد أمينة، أو على يد مَنْ في عيال المعير فلا ضمان عليه بهلاكها، وإن ردها على يد أجنبي، وهو يملك الإعارة في حال ردها فلا يضمن هلاكها أيضًا، وإن كان لا يملك الإعارة عند ردها على يد الأجنبي، فإنه يضمن بهلاكها إن هلكت قبل وصولها سالمة إلى مالكها أو إلى المأذون له منه بقبضها[2].

نفاسة العين المستعارة وماهيتها تؤثر بشكل كبير في اعتبار تسليم المستعير و إبرائه منها، طبقًا لأعراف الناس وعاداتهم، فالشيء النفيس كعقد اللآلئ إذا رده إلى دار مالكه، وتركه في مكان منها دون حفظ، فإنه إن هلك قبل القبض يلزم الضمان؛ لأن هذا لا يعد تسليمًا في

---

(١) بدائع الصنائع: ٦/ ٢١٦، رد المحتار: ٤/ ٥٠٢ والمادة (٨٠٦، ٨١٣) عدلية، والمادة (٣٨٢) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب أبي حنيفة.

(٢) يستفاد حكمها من الدر ورد المحتار أوسط العارية: ٨/ ٤٠٢ وما بعدها؛ حيث جاء: « وإن رد المستعير الدابة مع عبده أو أجيره مشاهرة لا مياومة، أو مع عبد ربها مطلقًا يقوم عليها أو لا في الأصح، أو أجيره - أي مشاهرة كما مر - فهلكت قبل قبضها برئ، لأنه أتى بالتسليم المتعارف، بخلاف نفيس كجوهرة، وبخلاف الرد مع الأجنبي، أي بأن كانت العارية مؤقتة فمضت مدتها ثم بعثها مع الأجنبي؛ لتعديه بالإمساك بعد المدة ».

العرف، وإذا كانت من الأشياء غير النفيسة فإن ردها المستعير على يد أمينة، أو على يد مَنْ في عيال المعير فلا ضمان عليه بهلاكها؛ ولذا فإنه إذا قضى حاجته من الدابة ثم ردها مع عبده أو بعض من هو في عياله فلا ضمان عليه إن عطبت؛ لأن يد من في عياله في الرد كيده، كما أن يَدَ من في عياله في الحفظ كيده، والعرف الظاهر أن المستعير يرد المستعار بيد من في عياله؛ ولهذا يعولهم، فكان مأذونًا فيه من جهة صاحبها دلالة.

والقياس أن لا يبرأ ما لم تصل إلى صاحبها، كالمودع إذا رد الوديعة لا يبرأ عن الضمان ما لم تصل إلى يد صاحبها، وهذا في زمانهم، وأما في زماننا فإنه يبرأ بالتسليم إلى يد صاحبها أو من يحفظها من عياله أو غيرهم، و يتضح هذا فيما إذا رد المستعير الدابة فلم يجد صاحبها ولا خادمه، فربطها في دار صاحبها على معلفها فضاعت، فهو ضامن لها في القياس؛ لأنه ضيعها حين أخرجها من يده، ولم يسلمها إلى أحد يحفظها، ألا ترى أن الغاصب لو فعل ذلك كان مضيعًا ضامنًا فكذلك المستعير، وفي الاستحسان لا ضمان عليه؛ لأنه ربطها في موضعها المعروف، ولو ردها على صاحبها لكان يربطها في هذا الموضع، فكذلك إذا ربطها بنفسه، وهذا للعادة الظاهرة أن المستعير يأخذ الدابة من مربطها، ويردها إلى مربطها، فيثبت الإذن له من جهة صاحبها في ذلك بهذا الطريق دلالة.

وهذا بخلاف الغاصب؛ لأنه ضامن محتاج إلى إسقاط الضمان عن نفسه بنسخ فعله، وذلك لا يتم بردها إلى مربطها بعد ما أخذها من صاحبها، فأما المستعير فهو أمين، فإنما الحاجة إلى دفع سبب الضمان عنه وهو التضييع، وقد اندفع باعتبار العادة؛ لأن المربط في يد صاحب الدابة، فإعادتها إلى المربط بمنزلة الإعادة إلى يد صاحبها حكمًا.

وأما الرد على يد أجنبي فهو إيـداع، وقد سبق أن ذكرنا أن المستعير في إيداعه لغيره خلاف، فمنهم من قال: ليس له الإيداع مطلقًا، ومنهم من قال: له الإيداع فيمايملك فيه الإعارة، وليس له الإيداع فيما ليس له فيه حق الإعارة وهو المختار وعليه الفتوى، وذلك بخلاف المستأجر، فلو رد الدابة مع أجنبي ضمن، وعلى الرأي الأول والقاضي بعدم جواز الإيداع مطلقًا، فليس له مطلقًا الرد على يد أجنبي وعليه الضمان، وعلى الرأي الثاني، وهو أنه يملك الإيداع فيما يملك فيه الإعارة، فله أن يرد العين المستعارة على يد أجنبي، إذا كان يملك فيه الإعارة بأن كان لا يختلف، أو أطلق له الاستعمال ولم يقيده بمنتفع، فإن هلك قبل التسليم فلا ضمان عليه في حالة هلاكها، وأما لو ردها مع الأجنبي وكانت العارية مؤقتة فمضت مدتها، ثم بعثها مع الأجنبي فإنه يضمن؛ لتعديه بالإمساك بعد المدة.

وهذا ما تناولته المادة (٨٢٨) من مجلة الأحكام العدلية، والتي تنص على ما يلي: « المستعير يرد العارية إلى المعير بنفسه أو بأمينه، فإذا ردها بغير أمينه فهلكت أو ضاعت قبل الوصول ضمن ».

كما نصت المادة (٨٢٩) على أنه: « إذا كانت العارية من الأشياء النفيسة كالمجوهرات، يلزم في ردها أن تسلم ليد المعير نفسه، وأما ما سوى ذلك من الأشياء فإيصالها إلى المحل الذي يعد التسليم فيه في العرف والعادة تسليمًا، وكذا إعطاؤها إلى خادم المعير رد وتسليم، مثلًا: الدابة المعارة تسليمها إيصالها إلى اصطبل المعير وتسليمها إلى سائسه ».

وهذا هو الاتجاه الذي نصت عليه بعض القوانين المدنية العربية؛ فالمادة (٧٧٩) مدني أردني تنص على أنه:

١ - « إذا كانت العارية من الأشياء النفيسة وجب على المستعير تسليمها بنفسه إلى المعير، أما الأشياء الأخرى فيجوز تسليمها بنفسه، أو بواسطة من هم في رعايته من القادرين على تسليمها.

٢ - يجب رد العارية في المكان المتفق عليه، وإلا ففي المكان الذي أعيرت فيه أو يقضي به العرف.

٣ - إذا كان المستعير ميتًا فلا يلتزم ورثته بتسليمها إلا في مكان وجودها ».

* * *

❁ (مادة ٧٧١): تصح إعارة الأرض للبناء والغرس، وللمعير استردادها متى شاء، فإن استردها وكان بها بناء أو شجر للمستعير كلفه المعير قلعهما، وليس له تملكهما بدون رضا المستعير، إن لم يضر القلع بالأرض، فإن أضرَّ بها يخير المعير إن شاء كلفه قلعهما ورضي بالضرر، وإن شاء تملكهما جبرًا على المستعير بقيمتهما مقلوعين، بأن تقوم الأرض معهما وبدونهما، ويدفع المعير الفرق بين القيمتين[1].

تناولت هذه المادة حكم إعارة الأرض للبناء والغرس، وكيفية استرداد المعير لأرضه، وهو ما يدل على الثراء العملي لتطبيقات هذا العقد القائم على التبرع، واعتراف التنظير الفقهي بهذا الثراء.

ذلك أنه إذا استعار رجل من رجل أرضًا على أن يبني فيها، أو على أن يغرس فيها نخلًا، فأذن له صاحبها في ذلك، ثم بدا له أن يخرجه فله ذلك عند الأحناف، وقال مالك:

---

(١) يستفاد حكمها وما بعدها من الدر ورد المحتار من أوسط العارية ص: ٥٠٤، ٥٠٥.

ليس له ذلك؛ لأنه غير متعدٍّ في البناء والغرس، فلا يهدم عليه ذلك، وصاحب الأرض وإن كان يتضرر بذلك فقد رضي بالتزام هذا الضرر، فأما صاحب البناء إذا لم يرض بهدم بنائه وغرسه، فلا يكون لصاحب الأرض أن يأخذها ما لم يفرغ، ودليل الأحناف أن الأرض بقيت على ملك صاحبها، والعارية لا يتعلق بها اللزوم، فلا يمتنع بسببه عليه إثبات اليد على ملكه والانتفاع به متى شاء، وصاحب البناء والغرس لما بنى على بقعة هي مملوكة لغيره من غير حق لازم له، فقد صار راضيًا بأن يهدم عليه بناؤه وغرسه؛ لأنه ملكه، وقد شغل أرض الغير به فيؤمر بتفريغه، ولا ضمان له على صاحب الأرض، وقال ابن أبي ليلى: البناء للمعير، ويضمن قيمتها مبنية لصاحبها؛ لأن دفع الضرر من الجانبين واجب، وإنما يندفع الضرر بهذا، وشبَّه هذا بثوب إنسان إذا انصبغ بصبغ غيره، فأراد صاحب الثوب أن يأخذه، فإنه يضمن للصباغ قيمة صبغه.

ويرد الأحناف ذلك بناءً على أن: صاحب الأرض غير راض بالتزام قيمة البناء ففي إلزام ذلك عليه من غير رضاه إضرار به، ولا يجوز المصير إليه بدون تحقق الضرورة، ولا ضرورة هنا؛ لأن رفع البناء وتمييز ملك أحدهما من ملك الآخر ممكن، بخلاف مسألة الصبغ، فإن تمييز ملك أحدهما من ملك الآخر هناك غير ممكن، ثم هناك لا يلزمه قيمة الصبغ بدون رضاه أيضًا حتى يكون له أن يأبى التزام القيمة ليصار إلى بيع الثوب، فكذلك هنا ينبغي أن لا يلزمه قيمة البناء بغير رضاه، فإن كان وقَّت له وقتًا عشرين سنة أو نحو ذلك، ثم أخرجه قبل الوقت فهو ضامن للمستعير قيمة بنائه وغرسه عندنا.

وعلى قول زفر - رحمه اللَّه - لا يضمن ذلك؛ لأن التوقيت في العارية غير ملزم شيئًا كأصل العقد، فكما لا يكون له أن يضمِّنه قيمة البناء والغرس باعتبار مطلق الإعارة فكذلك بالتوقيت منها، وبيان التوقيت غير ملزم، ويتمكن من إخراجه قبل مضي ذلك الوقت، وحجة الأحناف في ذلك أن المعير بالتوقيت يصير غارًّا للمستعير؛ لأنه نص على ترك الأرض في يده، وإقرار بنائه فيها في المدة التي سمى، فإذا لم يف بذلك صار غارًّا له، وللمغرور أن يدفع الضرر عن نفسه بالرجوع على الغارِّ، بخلاف ما إذا أطلق فإن المعير لم يصر غارًّا له، ولكن المستعير مغتر بنفسه حتى ظن أنه بمطلق العقد يتركها في يده مدة طويلة.

ولكن قد بينا فيما سبق أن الغرور بمباشرة عقد الضمان يكون سببًا للرجوع، وذلك لا يوجد هنا، فإن المعير لم يباشر عقد ضمان، وإن وقَّت فالوجه أن يقول: كلام العاقل محمول على الفائدة ما أمكن، ولا حاجة إلى التوقيت في تصحيح العارية، فلا بد من أن

يكون لذكر الوقت فائدة أخرى، وليس ذلك التزام قيمة البناء والغرس إذا أراد إخراجه قبله، وصار تقدير كلامه كأنه قال: ابنِ لي في هذه الأرض لنفسك على أن أتركها في يدك إلى كذا من المدة، فإن لم أتركها فأنا ضامن لك ما تنفق في بنائك، ويكون بناؤك لي، فإذا بدا له في الإخراج ضمن قيمة بنائه وغرسه، ويكون كأنه بنى له بأمره، إلا أن يشاء المستعير أن يرفعها، ولا يضمنه قيمتها فيكون له ذلك؛ لأن البناء والغرس ملكه، وإنما أوجبنا الضمان على المعير لدفع الضرر عنِ المستعير، فإذا رضي بالتزام هذا الضرر كان هو أحق بملكه، يرفعه بتفريغ ملك الغير، وقيل: هذا إذا لم يكن في قلع الأشجار ضرر عظيم بالأرض، فأما إذا كان فيه ضرر عظيم فليس للمستعير أن يرفعها بغير رضا المعير؛ لما فيه من الإضرار به، ولكن للمعير أن يتملكها عليه بالقيمة، وجعل الخيار للمالك؛ لأن الأرض أصل والبناء والغرس تابع لها، فكان المالك صاحب أصل والمستعير صاحب تبع، فكان إثبات الخيار لصاحب الأصل أولى، إن شاء أمسك الغرس والبناء بالقيمة، وإن شاء رضي بالقلع والنقض، هذا إذا استعار أرضا للغرس أو البناء.

وعليه: فلو أعار أرضًا للبناء والغرس صح للعلم بالمنفعة، وله أن يرجع متى شاء؛ لما تقرر أنها غير لازمة، ويكلفه قلعهما، إلا إذا كان فيه مضرة بالأرض فيتركان بالقيمة مقلوعين؛ لئلا تتلف أرضه، أو يأخذ المستعير غراسه وبناءه بلا تضمين المعير، وذكر الحاكم أن له أن يُضَمِّن المعير قيمتها قائمين في الحال، ويكونان له، وأن يرفعهما إلا إذا كان الرفع مضرًّا بالأرض، فحينئذ يكون الخيار للمعير بناء على أنه لا ضمان في العارية المطلقة، وقيل: عليه القيمة، لا ضمان في المُوَقَّتة بعد انقضاء الوقت، فيقلع المعير البناء والغرس، إلا أن يضر القلع؛ فحينئذ يضمن قيمتهما مقلوعين لا قائمين.

وإن وقت العارية فرجع قبله، كلفه قلعهما، وضمن المعير للمستعير ما نقص البناء والغرس بالقلع، بأن يقوم قائمًا إلى المدة المضروبة، وتعتبر القيمة يوم الاسترداد بحر.

وقد نصت المادة (٨٣١) من مجلة الأحكام العدلية على ما يلي: « استعارة الأرض للبناء عليها ولغرسْ الأشجار صحيحة، إلا أن للمعير أن يرجع عن الإعارة في أي وقت أراد وأن يطلب قلع ذلك، أما إذا كانت الإعارة موقتة فيضمن المعير مقدار التفاوت الموجود بين قيمة الأبنية والأشجار مقلوعة حين قلعها، وبين قيمتها مقلوعة في حالة بقائها إلى انقضاء المدة، مثلًا: إذا كانت قيمة الأبنية والأشجار مقلوعة في حالة قلعها في الحال اثني عشر دينارًا، وقيمتها على أن تبقى إلى انقضاء المدة عشرون دينارًا، وطلب المعير قلعها في الحال فيلزمه أداء ثمانية دنانير ».

وفي المادة (٣٩٢) من مشروع تقنينِ الشريعة على مذهب أبي حنيفة أنه:

« تصح إعارة الأرض للبناء والغرس، وللمعير أن يرجع في العارية متى شاء، ويكلف المستعير قلع البناء والغرس »[١].

وتنطوي إعارة الأرض للبناء والغرس ضمن عموم النصوص في القوانين المدنية العربية التي تجيز ورود الاتفاق في العارية على استعمال شيء غير قابل للاستهلاك مطلقًا، فيشمل إعارة الأرض للزراعة والغراس والبناء أو غير ذلك.

* * *

(مادة ٧٧٢): إذا كانت إعارة الأرض مقيدة بمدة معلومة، ورجع المعير على المستعير قبل انقضاء المدة، وكلف المستعير بهدم البناء وقلع الشجر، يضمن المعير فرق قيمتهما مقلوعين وقائمين إلى انتهاء المدة[٢].

وإن كانت الأرض معارة للزرع، وكان بها زرع لم يدرك أوان حصاده، فليس للمعير أن يستردها قبل إدراك الزرع، بل تُتْرَك إلى حين إدراكه في يد المستعير بأجرة مثلها[٣].

تناولت هذه المادة حكم رجوع المعير في العارية المؤقتة، والتي استعارها المستعير للبناء والغرس، وكذلك رجوعه مطلقًا، سواء أقّت أو لا، في حالة الاستعارة من أجل الزرع وقبل أن يدرك؛ ذلك أنه إذا كان المعير وقّت له وقتًا سنة أو نحو ذلك، ثم أخرجه قبل الوقت فهو ضامن للمستعير ما نقص البناء والغرس بالقلع، بأن يقوَّم قائمًا إلى المدة المضروبة، وتعتبر القيمة يوم الاسترداد عندنا، وعلى قول زفر - رحمه اللّه - لا يضمن ذلك؛ لأن التوقيت في العارية غير ملزم شيئًا كأصل العقد، فكما لا يكون له أن يضمِّنه قيمة البناء والغرس باعتبار مطلق الإعارة، فكذلك بالتوقيت منها، وبيان التوقيت غير ملزم، و يتمكن من إخراجه قبل مضي ذلك الوقت.

وحجتنا في ذلك أن المعيز بالتوقيت يصير غارًّا للمستعير؛ لأنه نص على ترك الأرض في

---

(١) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (٣٩٢)، الطبعة التمهيدية، القسم الثاني، مجمع البحوث الإسلامية.

(٢) جاء في الدر المختار ٨/ ٣٩٨، ٤٠٠ : « وإن وقت العارية فرجع قبله، كلفه القلع، وضمن المعير للمستعير ما نقص البناء والغرس بالقلع، بأن يقوَّم قائمًا إلى المدة المضروبة، وتعتبر القيمة يوم الاسترداد، وإذا استعارها ليزرعها لم تؤخذ منه قبل أن يحصد الزرع وقّتها أولا، فتترك بأجر المثل مراعاة للحقَّين، فلو قال المعير: أعطيك البذر وكلفتك، إن كان لم يثبت لم يجز؛ لأن بيع الزرع قبل نباته باطل، وبعد نباته فيه كلام ».

(٣) وانظر المادة (٨٣٢، ٣٩٤) من مجلة الأحكام العدلية.

يده، وإقرار بنائه فيها في المدة التي سمى، فإذا لم يفِ بذلك صار غارًّا له، وللمغرور أن يدفع الضرر عن نفسه بالرجوع على الغارِّ، بخلاف ما إذا أطلق فهلك المعير لم يصر غارًّا له، ولكن المستعير مغتر بنفسه، حتى ظن أنه بمطلق العقد يتركها في يده مدة طويلة.

ولكن قد بيَّنَّا فيما سبق أن الغرور بمباشرة عقد الضمان يكون سببًا للرجوع، وذلك لا يوجد هنا، فإن المعير لم يباشر عقد ضمان، وإن وقَّت فالوجه أن يقول: كلام العاقل محمول على الفائدة ما أمكن، ولا حاجة إلى التوقيت في تصحيح العارية، فلا بد من أن يكون لذكر الوقت فائدة أخرى، وليس ذلك الالتزام قيمة البناء والغرس إذا أراد إخراجه قبله، وصار تقدير كلامه كأنه قال: ابن لي في هذه الأرض لنفسك على أن أتركها في يدك إلى كذا من المدة، فإن لم أتركها فأنا ضامن لك ما تنفق في بنائك، ويكون بناؤك لي، فإذا بدا له في الإخراج ضمن قيمة بنائه وغرسه، ويكون كأنه بنى له بأمره، إلا أن يشاء المستعير أن يرفعها، ولا يُضَمِّنه قيمتها فيكون له ذلك؛ لأن البناء والغرس ملكه، وإنما أوجبنا الضمان على المعير لدفع الضرر عن المستعير، فإذا رضي بالتزام هذا الضرر كان هو أحق بملكه يرفعه بتفريغ ملك الغير.

أما إذا كانت الأرض معارة للزرع، وكان بها زرع لم يدرك أوان حصاده، فليس للمعير أن يستردها قبل إدراك الزرع، بل تترك إلى حين إدراكه في يد المستعير بأجرة مثله، وتنقلب الإعارة إجارة، بناء على مفهوم تحول العقد المعروف في الفقه الإسلامي.

وقد نصت المادة (٨٣٢) من مجلة الأحكام العدلية على أنه: « ليس للمستعير استرداد الأرض التي أعيرت للزرع إذا رجع عن إعارته قبل وقت الحصاد، سواء أكانت الإعارة مؤقتة أم غير مؤقتة ».

وهذا ما تناولته المادة (٣٩٣) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، والتي نصت على أنه: « إذا رجع المعير في العارية المؤقتة، يكون ضامنًا لما يلحق بالمستعير من الضرر، وتعتبر القيمة يوم الاسترداد »[1].

كما نصت المادة (٣٩٤) من هذا التقنين على أنه: « إذا أعيرت الأرض للزراعة تبقى في يد المستعير حتى يتم الحصد، وُقِّتَتْ العارية أم لا، ويلتزم المستعير بأجر المثل إن بقي الزرع بعد الوقت المعين »[2].

---

(١) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، الطبعة التمهيدية، القسم الثاني، مجمع البحوث الإسلامية.

(٢) المصدر السابق.

وتتفق اتجاهات القوانين المدنية العربية مع ذلك، طبقًا لما عبَّرت عنه المادة (٧٦٩) مدني أردني التي ورد نصها قبل قليل.

***

(مادة ٧٧٣): العارية لا تُضْمَن بالهلاك من غير تعدٍّ، ويبطل اشتراط ضمانها في العقد[١]، وإنما تُضْمَن بتعدي المستعير عليها، أو بتقصيره أو إهماله في المحافظة عليها[٢].

تقدم أن العين المستعارة أمانة في يد المستعير في حال الاستعمال بالإجماع، فأما في غير حال الاستعمال فكذلك عند الأحناف، وعند الشافعي: تكون مضمونة، واحتج بما روي أن رسول اللَّه ﷺ استعار من صفوان درعًا يوم حنين، فقال صفوان: أغصبًا يا محمد؟ فقال - عليه الصلاة والسلام -: « **بل عارية مضمونة** »، ولأن العين مضمونة الرد حال قيامها، فكانت مضمونة القيمة حال هلاكها كالمغصوب، وأما اشتراط ضمانها في العقد لو هلكت بلا تعد من المستعير فلا يصح، فإنه شرط باطل كما في المحيط.

وفي التبيين: والعارية إذا اشترط فيها الضمان يضمن عندنا في رواية، وصاحب الجوهرة جزم بأن العارية تصير مضمونة بشرط الضمان، ولم يقل في رواية. وفي البزازية: أعرني هذا على أنه إن ضاع فأنا ضامن، وضاع لم يضمن، انتهى، وهذا إذا لم يتبين أنها مستحقة للغير، فإن ظهر استحقاقها ضمنها، ولا رجوع له على المعير؛ لأنه متبرع، وللمستحق أن يضمِّن المعير، وإذا ضمَّنه لا رجوع له على المستعير.

وإنما تضمن العارية في حالة الإتلاف حقيقةً أو معنًى بالمنع بعد الطلب، أو بعد انقضاء المدة، وبترك الحفظ، وبالخلاف، حتى لو حبس العارية بعد انقضاء المدة أو بعد الطلب قبل انقضاء المدة يضمن؛ لأنه واجب الرد في هاتين الحالتين، لقوله - عليه الصلاة والسلام -: « **العارية مؤداة** »، وقوله - عليه الصلاة والسلام -: « **على اليد ما أخذت حتى ترده** »، ولأن حكم العقد انتهى بانقضاء المدة أو الطلب، فصارت العين في يده كالمغصوب، والمغصوب مضمون الرد حال قيامه، ومضمون القيمة حال هلاكه.

---

(١) هذه المادة تتفق مع ما ورد في المادة (٦٤٠) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٢) يستفاد من الدر ورد المحتار أوائل العارية ص: ٣٠٣، والفتاوى الهندية: ٤/ ٣٦٣ حيث جاء: «والعارية أمانة إن هلكت من غير تعد لم يضمنها، ولو شرط الضمان في العارية هل يصح؟ فالمشايخ مختلفون فيه، وفي « خلاصة الفتاوى »: رجل قال لآخر: أعرني فإن ضاع فأنا له ضامن، قال: لا يضمن، وفي شرح الطحطاوي: ولو تعدى ضمن بالإجماع، نحو أن يحمل عليها ما يعلم أنها لا تحمل مثله، وكذلك إذا استعملها ليلًا أو نهارًا فيما لا يستعمل فيه الدواب في العرف والعادة فعطبت ضمن قيمتها ».

وقد نصت المادة (٨١٤) من مجلة الأحكام العدلية على ما يلي: « إذا حصل من المستعير تعدٍّ أو تقصير بحق العارية، ثم هلكت أو نقصت قيمتها، فبأي سبب كان الهلاك أو النقص يلزم المستعير الضمان، مثلًا: إذا ذهب المستعير بالدابة المعارة إلى محل مسافته يومان في يوم واحد، فتلفت تلك الدابة أو هزلت أو نقصت قيمتها لزم الضمان، وكذا لو استعار دابة ليذهب بها إلى محل معين فتجاوز بها ذلك المحل، ثم هلكت الدابة حتف أنفها لزم الضمان، وكذلك إذا استعار إنسان حليًّا فوضعه على صبي وتركه بدون أن يكون عند الصبي من يحفظه فسرق الحلي، فإن كان الصبي قادرًا على حفظ الأشياء التي عليه لا يلزم الضمان، وإن لم يكن قادرًا لزم المستعير الضمان، وفي المادة (٣٨٤) من مشروع تقنين الشريعة على مذهب أبي حنيفة أنه: « إذا اشترط الضمان في العارية بطل الشرط ».

وتتفق هذه المادة مع اتجاهات القوانين المدنية العربية التي عبرت عنها المادة (٦٤١) مدني مصري، والمادة (٦٤٠) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، ونصها:

١ - « على المستعير أن يبذل في المحافظة على الشيء المعار العناية التي يبذلها في المحافظة على ماله، دون أن ينزل في ذلك عن عناية الشخص العادي.

٢ - وفي كل حال يكون ضامنًا لهلاك الشيء إذا نشأ الهلاك عن قوة قاهرة، وكان في وسعه أن يتحاشاه باستعمال شيء من ملكه الخاص، أو كان بين أن ينقذ شيئًا مملوكًا له أو الشيء المعار فاختار أن ينقذ ملكه.

٣ - ولا يجوز الاتفاق على ما يخالف هذه الأحكام ».

والقاعدة أن المدين لا يسأل عن القوة القاهرة، سواء في العارية، وفي غيرها من العقود، ولكن القانون أورد في العارية استثناء لهذه القاعدة أراد فيه التشدد في مسؤولية المستعير، باعتبار أن العارية عقد تبرع، وذلك في الفرضين المذكورين في الفقرة الثانية من المادة المقترحة.

ولا يجوز الاتفاق على ما يخالف هذه الأحكام كما سبق القول.

وفي الفقه الإسلامي يرى الشافعية والحنفية والمالكية أن العارية أمانة في يد المستعير، ومن ثم لا يضمن المستعير العارية إلا بالتعدي عليها أو التقصير في المحافظة عليها، ذلك أن مسؤولية الشخص عما في حيازته من مال مملوك للغير تختلف بحسب ما إذا كانت يده يد أمانة أو يد ضمان، فإن كانت الأولى كما هو الشأن بالنسبة إلى المستعير فإنه لا يضمن إلا بالتعدي أو التقصير، وإن كانت الثانية فإنه يضمن ولو لم يصدر منه تعدٍّ أو تقصير،

وقد خالف الحنابلة جمهورية الفقهاء في ذلك، فاعتبروا يد المستعير يد ضمان؛ وذلك بناءً على قاعدة لديهم وهي أن: من حاز مالًا لغيره لمصلحة نفسه دون عوض ضمن تلفه وهلاكه، ولو كان التلف أو الهلاك بلا تعدٍّ أو تفريط.

وقد أخذت القوانين المدنية العربية بمذهب الجمهور، فاعتبرت يد المستعير يد أمانة، بحيث لا يضمن إلا إذا صدر منه تقصير في المحافظة على العارية أو تعدٍّ عليها.

وفي نصوص الفقه الإسلامي ما يواجه هذه الأحكام.

فقد نصت المادة (٣٧٦) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة على أن: « تكون العارية أمانة في يد المستعير لا تضمن إن هلكت من غير تعد » الدر المختار، وحاشية ابن عابدين: ٤/ ٧٦٧، مجمع الأنهر: ٢/ ٦٤٦، فتح القدير: ٧ / ١٠٤.

ونصت المادة (٢٠٤) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك على أن: « العارية أمانة في يد المستعير، فعليه أن يحافظ عليها، وأن يتعهدها بالصيانة مما يخاف عليها منه، وتركه لذلك تفريط يوجب الضمان » الشرح الكبير: ٣/ ٣٩٢، والشرح الصغير وحاشيته: ٢/ ٢٢٨.

ونصت المادة (٣٨٤) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة على أنه : إذا اشترط الضمان في العارية بطل الشرط » الدر المختار، وحاشية ابن عابدين : ٤/ ٧٦٩.

ونصت المادة (٢٠٥) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك على أنه: « لا يعمل بشرط الضمان على المستعير فيما لا يضمن فيه ».

والمادة المقترحة تقابل المادتين (٨٥٧، ٨٥٨) من التقنين العراقي، والمادة (٧٧٠) من التقنين الأردني، والمادة (٦٥٦) من التقنين الكويتي.

***

❁ (مادة ٧٧٤): إذا حدث من استعمال العين المستعارة عيب يوجب نقصان قيمتها، فلا يضمن المستعير قيمة ذلك النقصان، إذا استعملها استعمالًا معهودًا معروفًا، وإنما يضمنه باستعماله فوق المعتاد[1].

---

(١) يستفاد حكمها من الهندية من أوسط الباب الخامس في تضييع العارية ص: ٣٤٩، والفتاوى الهندية: ٤/ ٣٦٩ حيث جاء: « ولو استعار من رجل سلاحًا ليقاتل به فضرب بالسيف فانقطع نصفين، أو طعن بالرمح فانكسر فلا ضمان =

تناولت هذه المادة الحكم بعدم ضمان قيمة النقصان الذي يحدث نتيجة لاستعمال العين المستعارة، إذا استعملها استعمالًا معتادًا مأذونًا له فيه.

فإذا أعار دابته إنسانًا، ولم يسم مكانًا ولا زمانًا ولا الركوب ولا الحمل، فله أن يستعملها في أي مكان وزمان شاء، وله أن يركب أو يحمل؛ لأن الأصل في المطلق أن يجري على إطلاقه، وقد ملكه منافع العارية مطلقًا، فكان له أن يستوفيها على الوجه الذي ملكها، إلا أنه لا يحمل عليها ما يعلم أن مثلها لا يطيق مثل هذا الحمل، ولا يستعملها ليلًا ونهارًا ما لا يستعمل مثلها من الدواب لذلك عادة، حتى لو فعل فعطبت يضمن؛ لأن العقد وإن خرج مخرج الإطلاق، لكن المطلق يتقيد بالعرف والعادة دلالة، كما يتقيد نصًّا.

وهذا ما تناولته المادة (٨١٨) من مجلة الأحكام العدلية، والتي نصت على أنه: « إذا قيدت الإعارة بنوع من أنواع الانتفاع فليس للمستعير أن يتجاوز ذلك النوع المأذون به إلى ما فوقه، لكن له أن يخالف باستعمال العارية بما هو مساوٍ لنوع الاستعمال الذي قيدت به أو بنوع أخف منه »، مثلًا: لو استعار دابة ليحملها حنطة، فليس له أن يحمل عليها حديدًا أو حجارة، وإنما له أن يحملها شيئًا مساويًا للحنطة أو أخف منها، وكذا لو استعار دابة للركوب فليس له أن يحملها حملًا، وأما الدابة المستعارة للحمل فإنها تركب.

وهذا يتفق مع اتجاهات القوانين المدنية العربية، طبقًا لما جاء في المادة (٧٦٤) مدني أردني، ونصها: « العارية أمانة في يد المستعير، فإذا هلكت أو ضاعت أو نقصت قيمتها بلا تعدٍّ ولا تقصير، فلا ضمان عليه، ما لم يتفق على غير ذلك »، وفي المادة (٧٧٠) من هذا القانون أنه:

١ - « على المستعير أن يعتني بحفظ العين المستعارة أو صيانتها عناية الشخص العادي بماله.

٢ - فإذا قصَّر في دفع ضرر عن العارية، وكان يستطيع دفعه كان ملزمًا بالضمان ».

وفي المادة (٧٧٣) من هذا القانون أنه:

١ - « إذا حدث من استعمال العين المستعارة عيب يوجب نقصًا من قيمتها، فلا يضمن المستعير قيمة ذلك النقص، إلا إذا كان ناشئًا عن استعمالها على خلاف المعتاد.

٢ - إذا تجاوز المستعير المألوف في استعمال العارية، أو استعملها على خلافه فهلكت أو تعيبت ضمن للمعير ما أصابها ».

* * *

=عليه، وإن ضرب به حجرًا فهو ضامن ».

❁ **(مادة ٧٧٥): إذا كان في إمكان المستعير منع التلف عن العارية بأي وجه ولم يمنعه، يكون متعديًا فيضمنها، وإن أخذ العارية متغلب، ولم يقدر المستعير على دفعه فلا ضمان عليه[١].**

يتجه الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية إلى تشديد الضمان على المستعير؛ رغبة في حفظ حقوق المعير المتفضل ببذل منفعة ماله دون عوض، وتشجيعًا على تداول منافع الأموال والتعاون، وقد تقدم أن على المستعير أن يحفظ الشيء المستعار بما يحفظ به ماله، وأن يبذل العناية المعتادة في حفظ هذا الشيء، فإن تلف بسبب لا يمكن الاحتراز عنه وتجنبه لم يضمن المستعير؛ إذ القاعدة الفقهية أن ما لا يمكن الاحتراز عنه لا ضمان فيه، أما التلف أو التعييب والنقص بسبب يمكن تجنبه فإن الضمان واجب به، وهو ما نصَّت عليه المادة (٧٧٠) مدني أردني التي سبق ذكر نصها قبل قليل.

***

❁ **(مادة ٧٧٦): إذا كانت العارية مؤقتة بوقت معلوم، وأمسكها المستعير بعد مضي الوقت مع إمكان ردها فهلكت، فعليه ضمان قيمتها إن كانت من القيميات، أو مثلها سواء استعملها بعد مضي الوقت أو لم يستعملها[٢].**

وكذلك إذا كانت العارية مقيدة بمكان معين، فجاوز المستعير ذلك المكان فهلكت العارية، فعليه الضمان[٣].

إذا كانت الإعارة مطلقة في الانتفاع والمنتفع، ومقيدة بزمان أو مكان، يعتبر ذلك القيد والشرط، فليس للمستعير مخالفة القيد بالزمان والمكان، أو بالشرط المفيد، وإن خالفه ضمن؛ لأنه في حكم الغاصب؛ لأن المستعير لما كان يتصرف في ملك الغير، فإنما يحق له أن يستعمله على حسب ما يأذن له ذلك الغير.

ومعناه أنه يعني: إذا كانت الإعارة مقيدة بالزمان والمكان أو بالشرط المفيد، ومطلقة في الانتفاع والمنتفع، فللمستعير أن ينتفع كيف شاء بالمستعار، على أن لا يخرج عن دائرة الزمان والمكان المعينين والشرط المذكور؛ ذلك أن الإعارة المقيدة بالزمان والمكان عارية

---

(١) يستفاد من تنقيح الحامدية من أوائل العارية ص: ٩٢، والدر المختار: ٥/ ٦٨٤ حيث جاء: « ولو استعار ذهبًا فقلده صبيًّا، فسُرِقَ الذهب منه أي من الصبي، فإن كان الصبي يضبط حفظ ما عليه من اللباس لم يضمن، وإلا ضمن، لأنه إعارة، والمستعير يملكها ».

(٢) يستفاد حكمها من رد المحتار أواسط العارية: ٨/ ٤٠٠، حيث جاء: « فلو كانت مؤقتة فأمسكها بعده فهلكت ضمنها ».

(٣) يستفاد من أوائل تنقيح الحامدية ص: ٩٣.

مطلقة إلا في حق الوقت، حتى لو لم يردها بعد مضي الوقت مع الإمكان، ضمن إذا هلكت، سواء استعملها بعد الوقت أو لا، ولو كانت مقيدة في المكان فحكمها حكم المطلقة، إلا من حيث المكان حتى لو جاوز ذلك المكان يضمن.

وكذا لو خالف في المكان يضمن وإن كان هذا المكان أقرب إليه من المكان المأذون فيه.

وكذا لو أمسك الدابة في الموضع الذي استعملها، ولم يذهب إلى الموضع الذي استعارها إليه ضمن، ولو كانت العارية مقيدة في الحمل مطلقة في غيره فحكمها حكم المطلقة، إلا في الحمل، نحو أن يعير دابته على أن يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة، فحمل عليها آجرًّا أو حديدًا مثل وزن الحنطة يضمن، وفي الفصولين: لو كانت العارية مؤقتة فأمسكها بعد الوقت مع إمكان الرد ضمن[1].

وفي المادة (٣٩٦) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة أنه: « وإذا كانت العارية مؤقتة وأمسكها المستعير بعد مضي الوقت فهلكت ضمن ».

***

(مادة ٧٧٧): مؤنة العين المستعارة ومصاريف حفظها وردها تكون على المستعير[2].

تناولت هذه المادة استحقاق مؤنة رد العين المستعارة ومصاريف حفظها على المستعير، ذلك أن عليه حفظها باعتبار أن المنفعة قد حصلت له دون المعير؛ لأنه قد تملك المنفعة بغير عوض، فلهذا وجب عليه مؤنة الرد والحفظ.

إذ الأصل أن مؤنة الرد تجب على من وقع القبض له، أما المستعير فلأنه قبضه لمنفعة نفسه، والرد واجب عليه؛ ولهذا لو كانت العارية مؤقتة فأمسكها بعد مضي الوقت ولم يردها حتى هلكت ضمن، فإذا وجب عليه الرد كانت مؤنته عليه؛ لأن الخراج بالضمان، والغرم

---

(١) مجمع الضمانات ص: ٥٦.

(٢) يستفاد حكمها من الدر ورد المحتار من أوسط العارية ص: ٥٠٥، ومن أوائلها في الدر ص: ٥٠٢، وتبيين الحقائق: ٥/ ٨٩، وقرة عيون الأخيار على الدر المختار: ٨/ ٤٠٠، المادة (٣٩٥) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة، المادة (٨٠٥) من مجلة الأحكام العدلية، وشرح مختصر خليل للخرشي: ٦/ ١٣٠ حيث جاء أن: « الأجرة في نقل العارية على المستعير، كما أن كلفة ردها إلى صاحبها على المستعير؛ لأنه معروف صنعه ».
وأسنى المطالب: ٢/ ٣٢٩ حيث جاء أن: « مؤنة الرد للعارية إن كان له مؤنة على المستعير؛ لخبر: « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » رواه الترمذي وحسنه، والحاكم، وصححه على شرط البخاري؛ ولأن الإعارة بر، ومكرمة، فلو لم تجعل المؤنة على المستعير لامتنع الناس منها، وخرج بمؤنة الرد مؤنة العارية، فتلزم المالك لا المستعير؛ لأنها من حقوق الملك، جزم بذلك الماوردي والشيخ أبو علي السنجي وغيرهما »، وكشاف القناع: ٤/ ٧٤ حيث جاء أن: « على المستعير رد العارية إلى المالك أو وكيله إلى الموضع الذي أخذها منه كالمغصوب، إلا أن يتفقا على ردها إلى غيره ».

بالغنم[1]، وعليه فأجرة رد العارية على المستعير، وأجرة رد العين المستأجرة على المؤجر، وذلك لأن الأجر مؤنة الرد، فمن وجب عليه الرد وجب أجره، وفي الإجارة ليس الرد واجبًا على المستأجر، وإنما الواجب عليه التمكين والتخلية؛ لأن منفعة قبضه سالمة للمؤجر معنىً، فيكون عليه مؤنة رده؛ لما ذكرنا.

وأما الوديعة فلأن منفعة القبض حاصلة له؛ لأنه لحفظ العين، ومنفعة حفظها عائد إليه، فكانت مؤنة ردها عليه، وأما العين المغصوبة فلأن الغاصب يجب عليه نسخ فعله، وذلك بردها وإعادتها إلى يد مالكها كما كانت؛ لأنه هو الذي أزال يده متعديًا، ففي ردها براءة ذمته فيكون عليه مؤنة ردها؛ دفعًا للضرر عن المالك، وأما الرهن فلأن قبضه قبض استيفاء فكان قابضًا لنفسه[2].

وقد نصت المادة (٨٣٠) من مجلة الأحكام العدلية على أنه: « عندما يرد المستعير العارية التي في يده فمؤنتها، أي كلفتها ومصارف نقلها تلزم المستعير ».

وفي المادة (٣٩٥) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة أن: « ومؤنة رد العارية على المستعير، إلا إذا استعارها ليرهنها فمؤنة الرد على المعير ».

وتتفق هذه المادة مع اتجاهات القوانين المدنية العربية التي عبرت عنها المادة (٦٤٠) مدني مصري، والمادة (٦٣٩) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[3]، ونصها:

١ - « يتحمل المستعير المصروفات التي يقتضيها استعمال الشيء المعار، أو تكون لازمة لصيانة الشيء صيانة معتادة.

٢ - وله أن ينزع من الشيء المعار كل ما يكون قد أضافه إليه، على أن يعيده إلى حالته الأصلية »[4].

---

(١) المصدر السابق: ٥/ ٨٩.

(٢) تبيين الحقائق: ٥/ ٨٩.

(٣) المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة (٦٣٩) ص: ٢٣٥.

(٤) نص هذه المادة:

١ - « إذا اقتضى استعمال الشيء نفقه من المستعير، فليس له استردادها، وهو مكلف بالنفقة اللازمة لصيانة الشيء صيانة معتادة.

٢ - وله أن ينزع من الشيء المعار كل ما يكون قد أضافه إليه، على أن يعيد الشيء إلى حالته الأصلية ».

والفقرة الأولى من المادة المذكورة تقابل المادة (٨٥٦) من التقنين العراقي.

والمادة (٧٧١) من التقنين الأردني.

=

وهو ما عبرت عنه المادة (٧٧١) مدني أردني بوضوح أكبر، ونصها: « على المستعير نفقة العارية ومصاريف ردها ومؤنة نقلها ».

***

(مادة ٧٧٨): في كل تصرف من التصرفات الموجبة للضمان إذا ادعى المستعير أنه فعله بإذن المعير، وأنكر المعير ذلك يضمن المستعير، إلا أن تقوم له بينة على الإذن[1].

تناولت هذه المادة تحديد الطرف الذي يتحمل عبء الإثبات، بما يتفق مع الاتجاه إلى تشديد الضمان على المستعير، وافتراض خطئه افتراضًا قابلًا لإثبات العكس من جهته، بتقديم البينة المفيدة على عدم تعديه أو تقصيره، فإن لم ينجح في تقديم مثل هذه البينة عمل افتراض خطئه، وثبت عليه الضمان.

وقد اعتمد الفقه الإسلامي هذه الوسيلة الإجرائية في الأحوال التي قصد فيها إلى تشديد الضمان؛ لتحقيق المصالح الاجتماعية المقصودة، كما هو الحال في الأجير المشترك، ولهذا لو ادعى المستعير أن فعله الموجب للضمان، كإمساك العين المستعارة بعد طلبها وانقضاء مدتها، أو تجاوزها المكان المعين الذي حدده لها، أو استعماله لها فوق العادة كان بإذن المعير فإنه لا يضمن إذا لم ينكر المعير، فإن أنكر المعير هذا الإذن وكذبه، فالقول قول المعير، حتى يقوم للمستعير على ذلك بينة؛ لأن التصرف منه سبب لوجوب الضمان في الأصل، فدعوى الإذن منه دعوى أمر عارض؛ فلا تسمع إلا بدليل[2].

وكذلك إذا جاء رجل إلى المستعير، وقال: إني استعرت من فلان هذا الذي عندك، وأمرني أن أقبضه منك، فصدقه ودفعه إليه فهلكت عنده، ثم أنكر المعير أن يكون أمره بذلك، فالمستعير ضامن له؛ لأنه يدعي على المعير الأمر بالدفع إليه، وهو منكِر فالقول قوله مع يمينه، وإذا حلف يتبين أن المستعير دفعه إلى غير المالك بغير إذنه، وذلك موجب للضمان عليه.

=والمادة (٦٥٥) من التقنين الكويتي.

(١) يستفاد من رد المحتار من أوسط العارية ص: ٥٠٥، ومن تنقيح الحامدية من أوسط العارية ص: ٩٥، و الفتاوى الهندية: ٤/ ٣٧٢ حيث جاء: « إذا اختلف المعير والمستعير في الأيام، أو في المكان، أو فيما يحمل على العارية، فالقول قول رب الدابة مع يمينه، ولو تصرف المستعير وادعى أن المعير قد أذن له، وجحد المعير ضمن المستعير، إلا إذا أقام بينة على الإذن »، وانظر أيضًا بدائع الصنائع: ٦/ ٣٣٣، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٣/ ٤٤٠، وشرح البهجة: ٣/ ٢٣٦، وكشاف القناع: ٤/ ٧٤.

(٢) انظر بدائع الصنائع: ٦/ ٢١٩، والمبسوط: ١١/ ١٤٤.

وفي المادة (٤٠٠) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة أنه: « وإذا ادعى المستعير رد العارية، وكذبه المعير فالقول للمستعير مع يمينه[1]»، والبينة على المستعير إذا ادعى الوفاق، ويتفق هذا مع اتجاهات القوانين العربية التي تشدد الضمان على المستعير، قصدًا إلى حماية حقوق المعير.

***

(مادة ٧٧٩): تنفسخ الإعارة بموت المعير أو المستعير[2]، ولا تنتقل العارية لورثة المستعير[3]، فإن مات المستعير مجهلاً[4] للعين المستعارة، ولم توجد في تركته تكون دينًا واجبًا أداؤه من التركة.

تناولت هذه المادة حكم موت المعير أو المستعير، وحكم انتقال العارية للورثة، وذلك في نهاية أحكام الإعارة.

تقدم أن الإعارة عقد تمليك منفعة بغير عوض، وأن المنافع المجردة ليست أموالًا متقومة؛ لأنها أعراض لا تبقى زمانين؛ ولكنها أخذت صفة المالية بالعقد، سواءكانت عقد تمليك بعوض كالإجارة، أو عقد تمليك بغير عوض كالإعارة، لهذا لا تحتمل الخلافة، فهي لا تحمل التوريث فلا تورث، فإذا مات المستعير فلا تنتقل من ملكه المنفعة المستعارة إلى ملك الورثة، بل تعود إلى مالك الرقبة، إلا فيما إذا استعار أرضًا ليزرعها فمات قبل أن يدرك، فأنها تترك في يد الورثة حتى الحصاد بأجر المثل، وتنقل الإعارة إجارة، جمعًا بين مصلحة صاحب الأرض ومصلحة الورثة؛ لأن قلع الزرع فيه إضرار بالورثة في إبطال ملكه، ولو تركت في يد الورثة كان فيه إضرار بالمعير من حيث تأخير حقه، وضرر الإبطال فوق ضرر التأخير.

فإذا لم يكن بد من الإضرار بأحدهما ترجَّح أهون الضررين، بخلاف الغصب؛ لأن

---

(١) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (٤٠٠)، الطبعة التمهيدية، القسم الثاني - مجمع البحوث الإسلامية.

(٢) هذه المادة تتفق مع ما ورد في المادة (٦٤٤) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص: ٢٣٩.

(٣) يستفاد من الدر ورد المحتار من أواخر العارية ص: ٥٠٧ ومن تنقيح الحامدية من أوائل العارية ص: ٩٣، وحاشية قرة عيون الأخبار: ٨/ ٤١٣ حث جاء أن: « العارية كالإجارة تنفسخ بموت أحدهما، فلورثة المعير الرجوع، وليس لورثة المستعير الانتفاع، حتى لو استعملوها فهلكت ضمنوا وهذه فائدة الفسخ ». انظر أيضًا: الموسوعة الفقهية: ٥/ ١٩٤، ومواهب الجليل: ٥/ ٢٧٠، وشرح البهجة: ٣/ ٢٣٨، وشرح منتهى الإرادات: ٢/ ٢٩٥.

(٤) في طبعة دار الفرجاني « جاهلاً » والمثبت من طبعة نظارة المعارف وهو الصحيح.

الغاصب متعدٍّ في الزراعة في الابتداء، فلا يستحق بفعل التعدي إبقاء زرعه، وينبغي أن يترك في يد الورثة بأجر المثل، كما لو انتهت مدة الإجارة والزرع نُقل بعده، وهذا لأن إبطال حق صاحب الأرض عن منفعة ملكه مجانًا لا يجوز بغير رضاه، وإنما يعتدل النظر من الجانبين إذا ترك الزرع إلى وقت الإدراك بأجر المثل[١].

وكذلك تبطل الإعارة بموت المعير؛ وذلك لأن العين انتقلت إلى وارثه، والمنفعة بعد هذا تحدث على ملكه، وإنما جعل المعير للمستعير ملك نفسه لا ملك غيره[٢]، وكما أنه جعل ملك المنفعة مقصودًا بالتمليك، لكن في الحال لا بعد الموت؛ لأنه إنما يعار الشيء للانتفاع في حال الحياة عادة لا بعد الموت، فينتفي العقد بالموت[٣]، فإن أقر الورثة عقد الإعارة فيكون هذا عقدًا جديدًا، وإلا انفسخ العقد بمجرد الموت، ولكن أيضًا كما في حالة موت المستعير، فإنه في حالة إعارة الأرض للزرع وموت المعير قبل الإدراك فإنه - استحسانًا لا قياسًا - يترك حتى الحصاد بأجر المثل.

وأما إذا مات المستعير مجهلًا للعين المستعارة، ولم توجد في تركته تكون دينًا واجبًا أداؤه من التركة، وذلك لأنه أمين، والأصل أن الأمين إذا مات مجهلًا للأمانة فالأمانة تصير دينًا في تركته؛ لأنه بالتجهيل صار متملكًا لها، فإن اليد المجهولة عند الموت تنقلب يد ملك، ولأنه التزم أداء الأمانة، ومن أداء الأمانة: بيانها عند موته، وردها على المالك إذا طلب، فكما يضمن بترك الرد بعد الطلب يضمن أيضًا بترك البيان عند الموت[٤].

وأما إذا مات والعارية معروفة بعينها، فالمعير أحق بها من سائر غرمائه؛ لأن حقهم متعلق بماله دون مال غيره، فإن مات الرجل وعليه دين، وعنده وديعة ومضاربة وبضاعة، فإن عرفت بأعيانها فأربابها أحق بها من الغرماء؛ لأن حق الغرماء بعد موت المديون يتعلق بماله دون مال سائر الناس، وكما كانوا أحق بها في حياة المديون فكذلك بعد موته، وإن لم تعرف بأعيانها قسم المال بينهم بالحصص، وأصحاب الوديعة والمضاربة والبضاعة بمنزلة الغرماء.

وقد نصت المادة (٨٠٧) من مجلة الأحكام العدلية على أنه: « تنقسم الإعارة بموت المعير أو المستعير »، ونصت المادة (٤٠١) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة على أنه: « وتنفسخ العارية بموت المعير أو المستعير ».

وتتفق هذه المادة مع اتجاهات القوانين المدنية العربية التي عبَّرت عنها المادة (٦٤٥)

---

(١) المبسوط: ١١/ ١٤٣.

(٢) مرجع سابق: ١١/ ١٤٤.

(٣) بدائع الصنائع: ٧/ ٣٥٣.

(٤) المبسوط: ١١/ ١٣٠.

مدني مصري والمادة (٦٤٤) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، ونصها: « تنتهي العارية بموت المستعير، ما لم يتفق على غير ذلك ».

وهو ما عبرت عنه كذلك المواد (٦٦٠) مدني كويتي، (٨٢٦) مدني أردني، ونصها:

١ - « تنفسخ الإعارة برجوع المعير أو المستعير عنها، أو بموت أحدهما، ولا تنتقل إلى ورثة المستعير.

٢ - وإذا مات المستعير مجهلًا العارية، ولم توجد في تركته تكون قيمتها وقت الوفاة دينا، على التركة ».

فالعارية طبقًا لهذه الاتجاهات تنتهي بموت المستعير؛ لأن شخصيته محل اعتبار في العقد، فلا تنتقل العارية إلى ورثته إلا إذا اتفق على غير ذلك، والالتزامات التي تكون قد نشأت في ذمة المستعير بسبب العارية تتضمن بها تركته، أما موت المعير فلا ينهي العارية، وتنتقل حقوقه إلى ورثته، كما تنتقل التزاماته في حدود تركته.

***

كتاب القرض



❁ **(مادة ٧٨٠): القرض هو أن يدفع شخص لآخر عينًا معلومة من الأعيان المثلية التي تستهلك بالانتفاع بها ليرد مثلها**[١].

القرض عقد من عقود التمليكات الواردة على الأعيان، وهو تمليك استهلاك الأعيان مع رد مثلها، ذلك أن الشريعة الإسلامية قد شرعت عقدًا لكل حاجة للناس، فقد احتاج الناس إلى تمليك الأعيان فشرعت لهم تمليكها بعوض عن طريق البيع، وبغير عوض عن طريق الهبة، واحتاجوا إلى تمليك المنافع فشرع لهم تملكيها بعوض بعقد الإجارة، وتمليكها بغير عوض بعقد الإعارة، وقد احتاج الناس في قضاء حوائجهم إلى استهلاك أعيان، ورد مثلها أو قيمتها في أوقات متأخرة عن استهلاكهم فشرع لهم القرض.

والقرض بالفتح والكسر لغة: ما تعطيه لتتقاضاه، وجاء في المغرب: القرض القطع، يقال: قرض الثوب بالمقراض، وقرضته الفأرة وهي القراضة، والقرض واحد القروض تسمية بالمصدر، قالوا: هو مال يقطعه الرجل من أمواله فيعطيه عينًا، فأما الحق الذي يثبت له دينًا فليس بقرض، واستقرضني فأقرضته وقارضته مقارضة: أعطيته مضاربة[٢].

وشرعًا: ما تعطيه من مثلي لتتقاضاه، وهو أخص من قوله: عقد مخصوص، أي بلفظ القرض ونحوه يرد على دفع مال مثلي لآخر ليرد مثله، خرج نحو وديعة وهبة[٣].

فلا بد من استهلاك العين المقرضة ورد مثلها، إن كان لها مثل، وذلك بخلاف عقد

---

(١) يستفاد من الدر أول القرض ص: ١٧١، وحاشية الصاوي على الشرح الصغير: ٣/ ٢٩٠ حيث جاء أن: (القرض) بفتح القاف (إعطاء متمول) من مثلي أو حيوان أو عرض (في) نظير (عوض متماثل): صفة وقدرًا للمعطى بالفتح، كائن ذلك العوض (في الذمة): أي ذمة المعطى له (لنفع المعطى) بالفتح: أي المعطى له (فقط) لا نفع المعطي بالكسر، ولا هما معًا، وإلا كان من الربا المجمع على تحريمه، وخرج البيع والسلم والإعارة والإجارة والشركة والهبة والصدقة.
وأسنى المطالب: ٢/ ١٤١ حيث جاء أن: القرض هو تمليك الشيء على أن يرد بدله، وسمي بذلك لأن المقرض يقطع للمقترض قطعة من ماله، ويسميه أهل الحجاز سلفًا، (هو قربة)؛ لأن فيه إعانة على كشف كربة، وفي صحيح ابن حبان عن ابن مسعود: « من أقرض مسلمًا درهمًا مرتين كان له كأجر صدقته مرة » واستقرض النبي ﷺ عام الفتح من جماعة، نعم إن غلب على ظنه أن المقترض يصرفه في معصية أو مكروه لم يكن قربة، كما سيأتي في الشهادات مع، بيان أنه إنما يجوز الاقتراض لمن علم من نفسه الوفاء وإلا لم يجز، إلا أن يعلم المقرض أنه عاجز عن الوفاء، وأركانه عاقد ومعقود عليه وصيغة، كالبيع، ويشترط كما في الأصل كون المقرض أهلًا للتبرع؛ لأن القرض فيه شائبة التبرع، ولو كان معاوضة محضة لجاز للولي غير القاضي قرض مال موليه لغير ضرورة، ولا يشترط في قرض ربوي التقابض في المجلس، ولجاز في غيره شرط الأجل واللوازم باطلة.
وشرح منتهى الإرادات: ٢/ ١٠٠.

(٢) المغرب ص : ٣٨٠.

(٣) رد المحتار: ٥/ ١٦١.

الإعارة؛ لأن الإعارة لما كانت تمليك المنفعة أو إباحة المنفعة على اختلاف الأصلين، ولا يمكن الانتفاع إلا باستهلاكها، ولا سبيل إلى ذلك إلا بالتصرف في العين لا في المنفعة، ولا يمكن - تصحيحًا - إعارة حقيقية، فتصحح قرضًا مجازًا؛ لوجود معنى الإعارة فيه[١]، وعليه فإن أطلق على القرض عارية فهو مجاز، فعارية الثمنين والمكيل والموزون والمعدود والمتقارب عند الإطلاق قرض ضرورة استهلاك عينها، فيضمن المستعير بهلاكها قبل الانتفاع؛ لأنه قرض، حتى لو استعارها ليعير الميزان أو يزين الدكان كان عارية، وتصح عارية السهم ولا يضمن؛ لأن الرمي يجري مجرى الهلاك[٢].

وقد ذكرنا أن الملتحق من الأعيان بالمنافع عرفًا وعادة له حكمها في كونها عارية لا قرضًا، كما إذا منح إنسانًا شاة أو ناقة لينتفع بلبنها ووبرها مدة ثم يردها على صاحبها؛ لأن ذلك معدود من المنافع عرفًا وعادة، فكان له حكم المنفعة، وقد روي عن النبي - عليه الصلاة والسلام - أنه قال: « **هل من أحد يمنح من إبله ناقة أهل بيت لا درَّ لهم؟** »، وهذا يجري مجرى الترغيب، وكذا لو منح جديًا أو عناقًا كان عارية؛ لأنه يعرض أن ينتفع بلبنه وصوفه[٣].

أما ركنه فهو الإيجاب والقبول[٤]، والإيجاب كقول المقرض: أقرضتك هذا الشيء، أو خذ هذا الشيء قرضًا، ونحو ذلك، والقبول هو أن يقول المستقرض: استقرضت، أو قبلت، أو رضيت، أو ما يجري هذا المجرى.

وأما القبول فليس بركن عند أبي حنيفة، حتى لو حلف: لا يقرض فلانًا، فأقرضه ولم يقبل لم يحنث عند محمد، وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف، وفي رواية أخرى يحنث، وجه هذه الرواية أن الإقراض إعارة، والقبول ليس بركن في الإعارة، وجه قول محمد: أن الواجب في ذمة المستقرِض مثلُ المستقرَض؛ فلهذا اختص جوازه بما له مثل فأشبه البيع، فكان القبول ركنا فيه كما في البيع، وروي عن أبي يوسف فيمن حلف: لا يستقرض من فلان، فاستقرض منه، فلم يقرضه؛ أنه يحنث؛ لأن شرط الحنث هو الاستقراض، وهو طلب القرض كالاستيام في البيع، وهو طلب البيع، فإذا استقرض فقد طلب القرض، فوجد شرط الحنث؛ فيحنث[٥].

تتفق هذه المادة مع ما ورد في المادة (٢٣١) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة، والتي تنص على:

---

(١) بدائع الصنائع: ٦/ ٢١٥.
(٢) رد المحتار: ٥/ ٢٨٢.
(٣) بدائع الصنائع: ٦/ ٢١٥.
(٤) مجمع الأنهر: ٢/ ٣٤٧.
(٥) بدائع الصنائع: ٧/ ٣٩٥.

١ - « القرض عقد يرد على دفع مال مثلي لآخر ليرد مثله.

٢ - ينعقد بلفظ القرض وما يفيد معناه ».

ويتفق تعريف القرض على هذا النحو مع ما أخذت به القوانين المدنية العربية؛ ففي المادة (٥٣٨) مدني مصري، ونصها أن: « القرض عقد يلتزم به المقرض أن ينقل إلى المقترض ملكية مبلغ من النقود أو أي شيء مثلي آخر، على أن يرد إليه المقترض عند نهاية القرض شيئًا مثله في مقداره ونوعه وصفته »، وبهذا فإن العملية القانونية المقصودة من القرض هي انتقال ملكية مبلغ من النقود أو أي شيء مثلي آخر، هذا هو العنصر الجوهري الذي ينبغي إبرازه في تعريف القرض.

واتجاه الفقه الإسلامي أن الملك ينتقل به القرض، خلافًا للتصور الوارد في تعريف القانون المدني المصري الذي يفيد أن العقد يرتب إنشاء التزام بنقل الملك، ويقترب التعريف الأردني من الاتجاه الفقهي الإسلامي في التصور الفني الذي يرتب نقل الملك على إنشاء العقد؛ فالمادة (٦٣٦) مدني أردني تنص على أن: « القرض تمليك مال أو شيء مثلي لآخر، على أن يرد مثله قدرًا ونوعًا وصفة إلى المقرض عند نهاية مدة القرض ».

***

❁ (مادة ٧٨١): إنما تخرج العين المقترضة عن ملك المقرض، وتدخل في ملك المستقرض إذا قبضها، فيثبت في ذمة المستقرض مثلها لا عينها ولو كانت قائمة[١]، فإذا هلكت العين بعد العقد وقبل القبض فلا ضمان على المستقرض[٢].

مذهب جمهور الفقهاء أن عقد القرض لا يفيد بذاته نقل الملك الذي يتوقف على القبض، شأنه في هذا شأن عقود التبرعات الأخرى، بخلاف المالكية الذين يرون أن العقد يفيد نقل الملك ككل معروف من هبة وصدقة وعارية و إن لم تقبض.

---

(١) هذه المادة تتفق مع المادة (٥٣٦) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص : ١٨٨.

(٢) يستفاد من الدر أوسط القرض ص: ١٧٣، وأسنى المطالب: ٢/ ٤٤، والفروع: ٤/ ٢٠٢، وبدائع الصنائع : ٧/ ٥٨١. وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٣/ ٢٢٧ حيث جاء: (وملك) القرض المقترض بالعقد ككل معروف من هبة وصدقة وعارية وإن لم تقبض، (ولم يلزم رده) لمقرضه إن أراده، (إلا بشرط أو عادة) فيعمل بكل، فإن انتفيا كان كالعارية المنتفى فيها شرط الأجل والعادة، فيبقى له القدر الذي يرى أنه إعارة لمثله على الأرجح، فإن أراد المقترض رده قبل الأجل لزم المقرض قبوله؛ لأن الأجل حق لمن هو عليه ولو غير عين (كأخذه)، أي كما لا يلزم ربه أخذه (بغير محله)؛ لما فيه من الكلفة عليه، (إلا العين) فيلزم ربها أخذها بغير محلها؛ لخفة حملها، وينبغي إلا لخوف أو احتياج إلى كبير حمل، وأن مثل العين الجواهر الخفيفة، وإن كانت في الباب السابق كالعروض درس.

وتناولت هذه المادة قضية نقل ملك القرض، وأنه موقوف على قبض المستقرض العين المقترضة.

فجمهور الفقهاء يرون أنه يثبت ملك المستقرض للمقرض بعقد القرض، وإنما يثبت ملك القرض بقبضه، وثبوت مثله في ذمة المستقرض للمقرض للحال[١].

وروي عن أبي يوسف في النوادر: لا يملك القرض بالقبض ما لم يستهلك.

وجه ظاهر الرواية أن المستقرض بنفس القبض صار بسبيل من التصرف في القرض من غير إذن المقرض، بيعًا وهبة وصدقة، وسائر التصرفات، وإذا تصرف نفذ تصرفه، ولا يتوقف على إجازة المقرض، وهذه أمارات الملك، وكذا مأخذ الاسم دليل عليه، فإن القرض قطع في اللغة، فيدل على انقطاع ملك المقرض بنفس التسليم[٢].

وعليه: فان هلكت العين المقترضة قبل القبض فلا ضمان على المستقرض؛ لأنه لم يقبض، والقبض شرط لصحة القرض.

ويملك المستقرض القرض بمجرد القبض[٣].

وتتفق هذه المادة مع ما ورد في المادة (٥٣٦) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[٤]، ونصها:

١ - « يجب على المقرض أن يسلم الشيء المقرض إلى المقترض، ولا يجوز له أن يطالبه برد المثل إلا عند انتهاء القرض.

٢ - وإذا هلك الشيء قبل تسليمه إلى المقترض، كان الهلاك على المقرض ».

وتقابل هذه المادة المـواد (٥٣٩) مدني مصـري، (٥٤٤) كويتـي، (٦٨٦) عراقـي، (٦٣٧) مدني أردني[٥].

(١، ٢) بدائع الصنائع: ٧/ ٣٩٧.

(٣) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (٢٣٢) الطبعة التمهيدية، القسم الثاني، مجمع البحوث الإسلامية.

(٤) المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة (٥٣٦) ص: ١٨٨.

(٥) وتنص المادة (٥٤٤) من التقنين الكويتي على أنه:

١ - « يجب على المقرض أن يسلم الشيء موضوع القرض إلى المقترض وقت تمام العقد، ما لم يتم الاتفاق على تسليمه في وقت آخر.

٢ - فإذا هلك الشيء قبل تسليمه كان هلاكه على المقرض ».

وتنص المادة (٦٨٦) من التقنين العراقي على ما يأتي:

١ - « يملك المستقرض العين المقترضة بالقبض، ويثبت في ذمته مثلها. =

❁ (مادة ٧٨٢): يصح القرض في الأعيان المثلية، وهي التي لا تتفاوت آحادها تفاوتًا تختلف به قيمتها، كالمكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة[١].

تناولت هذه المادة أن القرض لا يكون إلا في الأعيان المثلية، كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة، فلا يجوز قرض ما لا مثل له من المذروعات والمعدودات المتقاربة؛ لأنه لا سبيل إلى إيجاب رد العين ولا إلى إيجاب رد القيمة؛ لأنه يؤدي إلى المنازعة لاختلاف القيمة باختلاف تقويم المقومين؛ فتعين أن يكون الواجب فيه رد المثل؛ فيختص جوازه بما له مثل[٢].

والمثلي ما لا تتفاوت آحاده تفاوتًا تختلف به القيمة[٣]، وعليه فيصح استقراض الدراهم والدنانير، وكذا كل ما يكال أو يوزن أو يعد متقاربًا، فصح استقراض جوز وبيض وكاغد عددًا ولحم وزنًا وخبز وزنًا وعددًا.

ولا يجوز القرض في الخبز - لا وزنًا، ولا عددًا - عند أبي حنيفة، وأبي يوسف - رحمهما اللَّه -، وقال محمد: يجوز عددًا، وما قالاه هو القياس؛ لتفاوت فاحش بين خبز وخبز؛ لاختلاف العجن، والنضج، والخفة، والثقل في الوزن، والصغر، والكبر في العدد، ولهذا لم يجز السَّلَمُ فيه بالإجماع، فالقرض أولى؛ لأن السلم أوسع جوازًا من القرض، والقرض أضيق منه، ألا ترى أنه يجوز السلم في الثياب ولا يجوز القرض فيها، فلما لم يجز السلم

= ٢ - فإذا هلكت العين بعد العقد وقبل القبض، فلا ضمان على المستقرض ».

وتنص المادة (٦٣٧) من التقنين الأردني على ما يأتي:

١ - « يتوقف تمام عقد القرض على قبض المال أو الشيء المستقرض، ويثبت في ذمة المستقرض.

٢ - فإذا هلكت العين بعد العقد وقبل القبض، فلا ضمان على المستقرض ».

ففي الفقه الإسلامي نصت المادة: ١/ ١٣٠ من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك على ما يأتي: « يملك المقترض القرض ملكًا تامًّا بالعقد، ولو لم يقبضه من المقرض ».

وظاهر من هذا النص أن القرض في المشروع، كما هو في مذهب الإمام مالك، وفي التقنين الحالي، وفي التقنين الكويتي، عقد رضائي يتم بمجرد تلاقي الإيجاب والقبول، أما في التقنين العراقي والتقنين الأردني فالقرض على غرار المذهب الحنفي، عقد عيني لا يتم إلا بتسليم الشيء المقترَض إلى المقترِض.

أما عن عدم جواز المطالبة برد المثل إلا عند انتهاء القرض فسنده الشرعي ما نصت عليه المادة (١٢١) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك من أنه: « إذا كان للقرض أجل مضروب أو معتاد وجب على المقترض رده للمقرض، إذا انقضى ذلك الأجل، ولو لم ينتفع به، وإذا لم يكن له أجل فلا يلزم رده إلا بعد أن ينتفع به الانتفاع المعتاد ».

(١) يستفاد حكمها وما بعدها من الدر ورد المحتار من أوائل القرض ص: ١٧١، والخرشي شرح مختصر خليل: ٥/ ٢٣٠، وفي أسنى المطالب: ٢/ ١٤٢، والإنصاف: ٥/ ١٢٤.

(٢) بدائع الصنائع: ٧/ ٣٩٥. (٣) رد المحتار: ٥/ ١٦٢.

فيه فلأن لا يجوز القرض أولى، إلا أن محمدًا - رحمه اللَّه - جوزه عددًا؛ لعرف الناس، وعاداتهم في ذلك، وترك القياس؛ لتعامل الناس فيه هكذا، روي عن إبراهيم النخعي أنه جوز ذلك؛ فإنه روي أنه سئل عن أهل بيت يقرضون الرغيف، فيأخذون أصغر أو أكبر؟ فقال: لا بأس به.

ويجوز القرض في الفلوس؛ لأنها من العدديات المتقاربة، كالجوز والبيض، ولو استقرض فلوسًا، فكسدت، فعليه مثلها عند أبي حنيفة ﷺ وعند أبي يوسف، ومحمد - رحمهما اللَّه - عليه قيمتها، وجه قولهما: أن الواجب في باب القرض رد مثل المقبوض، وقد عجز عن ذلك؛ لأن المقبوض كان ثمنًا، وقد بطلت الثمنية بالكساد، فعجز عن رد المثل؛ فيلزمه رد القيمة، كما لو استقرض رطبًا، فانقطع عن أيدي الناس، أنه يلزمه قيمته؛ لما قلنا، كذا هذا.

ولأبي حنيفة أن رد المثل كان واجبًا، والفائت بالكساد ليس إلا وصف الثمنية، وهذا وصف لا تعلق لجواز القرض به، ألا ترى أنه يجوز استقراضه بعد الكساد ابتداءً، وإن خرج من كونه ثمنًا، فلأن يجوز بقاء القرض فيه أولى؛ لأن البقاء أسهل، وكذلك الجواب في الدراهم التي يغلب عليها الغش؛ لأنها في حكم الفلوس، وروي عن أبي يوسف أنه أنكر استقراض الدراهم المكحلة والمزيفة، وكره إنفاقها، وإن كانت تنفق بين الناس؛ لما في ذلك من ضرورات العامة، وإذا نهي عنها وكسدت، فهي بمنزلة الفلوس إذا كسدت[1].

وفي المادة (٢٣٩) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة أنه: « يصح استقراض المعدود أو الموزون أو المكيل، حسب ما جرى به العرف عدًّا أو وزنًا أو كيلًا ».

وهذا هو ما اتجهت إليه القوانين المدنية العربية فيما عبَّرت عنه المادة (٦٣٩) مدني أردني، ونصها: « يشترط في المال المقترض أن يكون مثليًّا استهلاكيًّا ».

***

❁ (مادة ٧٨٣): لا يصح القرض في القيميات، وهي التي تتفاوت آحادها تفاوتًا تختلف به قيمتها[2].

تناولت هذه المادة عدم صحة قرض القيميات، وليست هذه المادة إلا تكرارًا لسابقتها، وإنما لم يصح القرض في القيميات؛ لأن قيمة الأشياء تختلف باختلاف المقومين،

---

(١) بدائع الصنائع: ٧/ ٣٩٦.

(٢) حاشية الصاوي على الشرح الصغير: ٣/ ٢٩٠، حاشية قليوبي وعميرة: ٢/ ٣٢٢، في مطالب أولي النهى: ٣/ ٢٤٠.

مما يؤدي إلى المنازعة بين المقرض والمستقرض، كما أنه لا سبيل إلى إيجاب رد العين؛ لأنها قد استهلكت بالاستعمال، فتعين أن يكون الواجب فيه رد المثل؛ فيختص جوازه بما له مثل[١].

والقيميات هي التي تتفاوت آحادها تفاوتًا تختلف به قيمته، ولا يصح القرض في غير المثلي؛ لأن القرض إعارة ابتداءً، حتى صح بلفظها معاوضة انتهاءً؛ لأنه لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاك عينه، فيستلزم إيجاب القرض في الذمة، وهذا لا يتأتى في غير المثلي، قال في البحر: ولا يجوز في غير المثلي؛ لأنه لا يجب دينًا في الذمة ويملكه المستقرض بالقبض كالصحيح، والمقبوض بقرض فاسد يتعين للرد، وفي القرض الجائز لا يتعين بل يرد المثل، وإن كان قائمًا، تأمل[٢].

قد تقدم أن هذا هو ما نصت عليه المادة (٦٣٩) مدني أردني.

***

(مادة ٧٨٤): يجوز استقراض الذهب والفضة المضروبين وزنًا، ويجوز عددًا أيضًا إذا كان الوزن مضبوطًا، ويوفى بدلها عددًا من نوعها الموافق لها في الوزن، أو بدلها وزنًا لا عددًا[٣].

تناولت هذه المادة استقراض الذهب والفضة المضروبين وزنًا وعددًا، إذا كان الوزن مضبوطًا، ويوفى بدلها عددًا من نوعها الموافق لها في الوزن، أو بدلها وزنًا لا عددًا؛ وذلك لأن الذهب والفضة إذا كانا مضروبين، فذكر العد كناية عن الوزن اصطلاحًا؛ لأن لهما وزنًا مخصوصًا ولذا نقش وضبط، والنقصان الحاصل بالقطع أمر جزئي لا يبلغ المعيار الشرعي، وأيضًا فالدرهم المقطوع عَرَفَ الناس مقداره، فلا يشترط ذكر الوزن إذا كان العدُّ دالًّا عليه[٤].

وأما استقراض الدراهم المغشوشة فلا يجوز استقراضه إلا وزنًا؛ لأن الغش إذا كان مغلوبًا فيه كان بمنزلة الدراهم الزائفة، ولا يجوز بيع الدراهم الزائفة بعضها ببعض عددًا؛ لأنها وزنية فلم يعتبر العدد فيها.

***

(١) بدائع الصنائع: ٧/ ٣٩٥.
(٢) رد المحتار: ٥/ ١٦٢.
(٣) يستفاد حكمها من أوسط باب الربا من الدر ورد المحتار ص: ١٨٢، وفي مواهب الجليل: ٤/ ٣٣٨، وأسنى المطالب: ٢/ ١٤٣، وكشاف القناع: ٣/ ٣١٦.
(٤) رد المحتار: ٥/ ١٧٨.

❁ **(مادة ٧٨٥): لا يملك الأب إقراض مال ولده الصغير ولا اقتراضه، وكذلك الوصي لا يجوز له أن يقرض مال اليتيم ولا يقترضه لنفسه**(١).

تناولت هذه المادة عدم جواز إقراض مال الصبي من أبيه أو وصيه، وكذلك حكم اقتراضهما منه، بحكم أن القرض عقد من عقود التبرعات فلا بد من وجود أهلية في المقرض للتبرع، فلا يملكه من لا يملك التبرع، من الأب والوصي والصبي؛ لأن القرض للمال تبرع، ألا ترى أنه لا يقابله عوض للحال؛ فكان تبرعًا للحال، فلا يجوز إلا ممن يجوز منه التبرع، وهؤلاء ليسوا من أهل التبرع فلا يملكون القرض(٢).

وهذا هو ما عبرت عنه القوانين المدنية العربية، طبقًا لما جاء في المادة (٦٣٨) مدني أردني، ونصها:

١ - « يشترط في المقرض أن يكون أهلًا للتبرع.

٢ - لا يملك الولي أو الوصي إقراض أو اقتراض مالِ مَنْ هو في ولايته ».

***

❁ **(مادة ٧٨٦): يجب على المستقرض رد مثل الأعيان المقترضة قدرًا وصفة**(٣).

تناولت هذه المادة التزام المستقرض رد مثل القرض.

قد تقدم أنه لا يصح القرض إلا في المثليات، كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة، وأنه لا يجوز قرض ما لا مثل له من المذروعات والمعدودات المتقاربة؛ لأنه لا سبيل إلى إيجاب رد العين ولا إلى إيجاب رد القيمة؛ لأنه يؤدي إلى المنازعة؛ لاختلاف القيمة باختلاف تقويم المقومين؛ فتعين أن يكون الواجب فيه رد المثل؛ فيختص جوازه بما له مثل(٤)، وهذا المثل لا بد أن يكون قدر العين المقترضة وصفتها، فإن عجز عن رد المثل فعليه رد القيمة.

ولو استقرض دراهم تجارية، فالتقيا في بلد لا يقدر فيه على التجارية، فإن كانت تنفق في

---

(١) يستفاد من أواخر فصل الحبس من الدر ورد المحتار ص: ٣٤١، انظر الموسوعة الفقهية: ٣٣/ ١١٦، وحاشيتا قليوبي وعميرة: ٢/ ٣٢٢، وشرح منتهى الإرادات: ١٠١.

(٢) بدائع الصنائع: ٧/ ٣٩٥، والمبسوط: ١٤/ ٣٨، وتبيين الحقائق: ٤/ ١٩٣، ٢٢٧.

(٣) يستفاد من أوائل القرض في الدر ورد المحتار ص: ١٧١، ومن الدر ورد المحتار من أوسط القرض ص: ١٧٤، وحاشية الصاوي على الشرح الصغير: ٣/ ٢٦٩، وأسنى المطالب: ٢/ ١٤٤، وكشاف القناع: ٣/ ٣١٨.

(٤) بدائع الصنائع: ٧/ ٣٩٥.

ذلك البلد؛ فصاحب الحق بالخيار، إن شاء انتظر مكان الأداء، وإن شاء أجله قدر المسافة ذاهبًا وجائيًا، واستوثق منه بكفيل، وإن شاء أخذ القيمة؛ لأنها لما كانت نافقة لم تتغير بقيت في الذمة كما كانت؛ وكان له الخيار، إن شاء لم يرض بالتأخير، وأخذ القيمة؛ لما في التأخير من تأخير حقه، وفيه ضررٌ به؛ كمن عليه الرطب إذا انقطع عن أيدي الناس، أنه يتخير صاحبه بين التربص والانتظار لوقت الإدراك، وبين أخذ القيمة لما قالوا، كذا هذا، وإن كان لا ينفق في ذلك البلد فعليه قيمتها[1].

وقد تضمنت القوانين المدنية العربية النص على هذا أيضًا، فقد جاء في المادة (٦٤٤) مدني أردني أنه:

١ - « يلتزم المقترض برد مثل ما قبض مقدارًا ونوعًا وصفة عند انتهاء مدة القرض، ولا عبرة لما يطرأ على قيمته من تغيير، وذلك في الزمان والمكان المتفق عليها.

٢ - فإذا تعذر رد مثل العين المقترضة انتقل حق المقرض إلى قيمتها يوم قبضها ».

***

❁ (مادة ٧٨٧): يجوز الاستقراض ووفاء القرض في بلد أخرى، من غير اشتراط ذلك في العقد[2].

تناولت هذه المادة حكم الاستقراض ووفاء القرض في بلد آخر.

والأصل أن القرض يرد بمثله، وإن رد بأحسن منه إذا لم تكن مشروطة فلا بأس، فإن شرطت الزيادة لم يصح، لأنه يشرط في صحة القرض أن لا يكون فيه جر منفعة، فإن كان لم يجز؛ لما روي عن رسول اللَّه ﷺ أنه قال: « **كل قرض جرَّ منفعة فهو وجه من وجوه الربا** »[3]؛ ولأن الزيادة المشروطة تشبه الربا؛ لأنها فضل لا يقابله عوض، والتحرز عن حقيقة الربا، وعن شبهة الربا واجب.

هذا إذا كانت الزيادة مشروطة في القرض، فأما إذا كانت غير مشروطة فيه ولكن المستقرض أعطاه أجودهما، فلا بأس بذلك؛ لأن الربا اسم لزيادة مشروطة في العقد، ولم توجد، بل هذا من باب حسن القضاء، وهو أمر مندوب إليه، قال النبي ﷺ: « **خيار الناس**

(١) بدائع الصنائع: ٧/ ٣٩٦، ورد المحتار: ٥/ ١٦٣.

(٢) يستفاد من رد المحتار أوسط القرض ص: ١٧٤، ومواهب الجليل: ٤/ ٥٤٧، وفي أسنى المطالب: ٢/ ١٤٣، والإنصاف: ٥/ ١٣٢.

(٣) سنن البيهقي الكبرى: ٥/ ٣٥٠ برقم (١٠٧١٥).

أحسنهم قضاءً »[١]، وقال النبي ﷺ - عند قضاء دين لزمه - للوازن: « **زن وأرجح** »[٢]، وعلى هذا تخرج مسألة السفاتج التي يتعامل بها التجار، أنها مكروهة؛ لأن التاجر ينتفع بها بإسقاط خطر الطريق؛ فتشبه قرضًا جر نفعًا، فإن قيل: أليس أنه روي عن عبد اللّٰه بن عباس - رضي اللّٰه عنهما - أنه كان يستقرض بالمدينة على أن يرد بالكوفة، وهذا انتفاع بالقرض بإسقاط خطر الطريق؟ فالجواب: أن ذلك محمول على أن السفتجة لم تكن مشروطة في القرض مطلقًا، ثم تكون السفتجة، وذلك مما لا بأس به على ما بيَّنَّا[٣].

وعن عطاء أن ابن الزبير - رضي اللّٰه عنهما - كان يأخذ بمكة الورق من التجار، فيكتب لهم إلى البصرة وإلى الكوفة، فيأخذون أجود من ورقهم، قال عطاء: فسألت ابن عباس ﷺ عن أخذهم أجود من ورقهم فقال: لا بأس بذلك ما لم يكن شرطًا، وبه نأخذ فنقول: المنهي عنه هي المنفعة المشروطة، أما إذا لم تكن مشروطة فذلك جائز؛ لأنه مقابلة الإحسان بالإحسان، وإنما جزاء الإحسان الإحسان، وكذلك قبول هديته وإجابة دعوته لا بأس به، إذا لم يكن مشروطًا، وعن ابن عباس - رضي اللّٰه عنهما - أنه كان يأخذ الورق بمكة على أن يكتب لهم إلى الكوفة بها، وتأويل هذا عندنا أنه كان عن غير الشرط، فأما إذا كان مشروطًا فذلك مكروه، والسفاتج التي تتعامله الناس على هذا إن أقرضه بغير شرط، وكتب له سفتجة بذلك فلا بأس به، وإن شرط في القرض ذلك فهو مكروه؛ لأنه يسقط بذلك خطر الطريق عن نفسه فهو قرض جرَّ منفعة[٤].

قال في الفتاوى الصغرى: السفتج إن كان مشروطًا في القرض فهو حرام، والقرض بهذا الشرط فاسد، وإن لم يكن مشروطًا جاز، وقال في الواقعات: رجل أقرض رجلًا مالًا على أن يكتب له بها إلى بلد كذا فإنه لا يجوز، وإن أقرضه بغير شرط وكتب كان هذا جائزًا، وكذلك إذا قال: اكتب لي سفتجة إلى موضع كذا على أن أعطيك هنا، فلا خير فيه، وقال في كفاية البيهقي: وسفاتج التجار مكروهة؛ لأنه ينتفع بإسقاط خطر الطريق، إلا أن يقرض مطلقًا ثم يكتب السفتجة، فلا بأس، هكذا روي عن ابن عباس، والأصل فيه أن النبي ﷺ قال: « **كل قرض جرَّ منفعة فهو وجه من وجوه الربا** »[٥]، ولأنه تمليك دراهم بدراهم، فإذا شرط في بلد

---

(١) صحيح مسلم: ٣/ ١٢٢٤ برقم (١٦٠٠).
(٢) سنن البيهقي الكبرى: ٦/ ٣٢ برقم (١٠٩٥٢).
(٣) بدائع الصنائع: ٧/ ٣٩٦.
(٤) المبسوط: ١٤/ ٣٨.
(٥) سنن البيهقي الكبرى: ٥/ ٣٥٠ برقم (١٠٧١٥).

أن يدفع في بلد آخر صار في حكم التأجيل، والتأجيل في الأعيان لا يصح، وهذا هو القياس إذا لم يشترط الدفع في بلد آخر، إلا أنهم استحسنوا فقالوا: لا يكره، كذا في شرح الأقطع، ثم قيل: إنما أورد القدوري هذه المسألة في هذا الباب؛ لأنها معاملة في الديون كالكفالة والحوالة، ونقل عن الإمام نور الدين الكردي أنه قال: إنما أوردها في الحوالة؛ لأنه أحال الخطر المتوقع على المستقرض في معنى الحوالة[1].

وتجدر الإشارة هنا إلى أن كراهية التعامل بالسفاتج لدى بعض الفقهاء قد تجاوزها العمل التجاري، واعترف بصحة هذا العمل عدد من الفقهاء، على النحو الذي تناولت في كتابي عن الأوراق التجارية في الشريعة الإسلامية.

***

(مادة ٧٨٨): لا يلزم تأجيل القرض، وإن اشترط ذلك في العقد، وللمقرض استرداده قبل حلول الأجل[2].

تناولت هذه المادة حكم تأجيل رد القرض، وعدم لزوم هذا الأجل، حتى يصح للمقرض المطالبة برد القرض قبل انتهاء أجله.

والقاعدة أنه: يجوز تأجيل كل دين غير دين القرض؛ لأن المطالبة حقه، فله أن يؤخره، ألا ترى أنه يملك إسقاطها بالإبراء، فأولى أن يملك إسقاطها مؤقتًا بالتأجيل، وفي دين القرض لا يجوز التأجيل، خلافًا لمالك، هو يقول أنه حقه، فيجوز تأخير المطالبة فيه، كما في سائر الديون.

ومذهب الأحناف أن القرض إعارة وصلة ابتداءً؛ ولهذا يصح بلفظ الإعارة، ولا يملكه من لا يملك التبرع كالصبي والولي، ومعاوضة انتهاءً، حتى يلزمه رد مثله، فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل فيه كالإعارة، فإن المعير إذا وقت له أن يرجع فيه قبل الوقت، وعلى اعتبار الانتهاء لا يجوز التأجيل؛ ولأن الأجل لو لزم فيها لصار التبرع ملزمًا على المتبرع، وهو لا يجوز لقوله تعالى: ﴿ مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ ﴾ [التوبة: ٩١]، بخلاف ما إذا أوصى بأن يُقْرَضَ فلانٌ من ماله ألف درهم إلى سنة؛ حيث يجوز من الثلث، ويلزم ولا يطالب حتى تمضي المدة؛ لأنه وصية بالتبرع، والوصية يتسامح فيها ما لا يتسامح في غيرها نظرًا للموصي،

---

(١) تبيين الحقائق: ٤/ ١٧٥.

(٢) يستفاد من الدر ورد المحتار من أواخر المرابحة ص: ١٧٠، والتاج والإكليل: ٦/ ٥٣٤، وأسنى المطالب: ٢/ ١٤٣، ومنتهى الإرادات: ٢/ ١٠٣.

ألا ترى أنها تجوز بالخدمة والسكنى وتلزم[1]، وعليه فالأجل لا يلزم في القرض، سواء كان مشروطًا في العقد أو متأخرًا عنه، بخلاف سائر الديون، والفرق من وجهين: أحدهما أن القرض تبرع، ألا ترى أنه لا يقابله عوض للحال، وكذا لا يملكه من لا يملك التبرع؛ فلو لزم فيه الأجل؛ لم يبق تبرعًا، فيتغير المشروط، بخلاف الديون، والثاني أن القرض يسلك به مسلك العارية، والأجل لا يلزم في العواري[2].

ولا يلزم تأجيل القرض إن اشترط ذلك في العقد، وللمقرض استرداده قبل حلول الأجل[3].

والمذهب المالكي هو الأقرب إلى اتجاهات القوانين المدنية العربية في القول بلزوم أجل القرض، فالمادة (١٢١) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب مالك تنص على أنه: « إذا كان للقرض أجل مضروب أو معتاد، وجب على المقترض رده، للمقرض إذا انقضى ذلك الأجل، ولو لم ينتفع به، وإذا لم يكن له أجل فلا يلزمه رده إلا بعد أن ينتفع به الانتفاع المعتاد في أمثاله »، وهذا هو الاتجاه الذي عبرت عنه المادة (٦٤٣) مدني أردني، ونصها: « إذا كان للقرض أجل فليس للمقرض استرداده قبل حلول الأجل، وإن لم يكن له أجل فلا يلزم المستقرض برده، إلا إذا انقضت مدة يمكنه فيها أن ينتفع به الانتفاع المعهود في أمثاله »، وهو ما جاء كذلك في المادة (٥٤٣) مدني مصري التي نصت على أنه: « ينتهي القرض بانتهاء الميعاد المتفق عليه »، والمادة (٥٤٨) كويتي تنص على أنه:

١ - « على المقترض أن يرد المثل عند حلول الأجل المتفق عليه أو سقوطه.

٢ - فإذا لم يتفق على أجل، أو اتفق على أن يكون الرد عند المقدرة أو الميسرة، عين القاضي ميعادًا مناسبًا للرد وفقًا للظروف ».

ويتفق هذا الاتجاه الذي عبر عنه الفقه المالكي مع مقصود الشارع من شرع عقد القرض، وهو الإرفاق والتعاون، ومع مصالح الناس في الالتزام بالشروط والعقود.

***

❁ (مادة ٧٨٩): إذا استقرض مقدارًا معينًا من الفلوس الرائجة والنقود غالبة الغش، فكسدت وبطل التعامل بها، فعليه رد قيمتها يوم قبضها لا يوم ردها،وإن استقرض شيئًا من المكيلات

---

(١) تبيين الحقائق: ٤/ ٨٥.

(٢) بدائع الصنائع: ٧/ ٣٩٦ بتصرف.

(٣) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (٢٣٤) الطبعة التمهيدية، مجمع البحوث الإسلامية.

أو الموزونات أو المسكوكات من الذهب والفضة، فرخصت أسعارها أو غلت، فعليه رد مثلها، ولا عبرة برخصها وغلوها[١].

تناولت هذه المادة التزام المقترض برد مثل ما أخذ، إن كان له مثل، دون النظر إلى ما طرأ على قيمة هذا المثل من تغيير، ولا يعدل إلى إلزام المقرض برد قيمة ما أخذ إلا إن انقطع المثل؛ ولذا لو اقترض شيئًا من المكيلات أو الموزونات أو المسكوكات من الذهب والفضة، فرخصت أسعارها أو غلت وجب رد مثلها.

لكن لو استقرض فلوسًا، فكسدت فعليه مثلها عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد عليه قيمتها، وجه قولهما: أن الواجب في باب القرض رد مثل المقبوض، وقد عجز عن ذلك؛ لأن المقبوض كان ثمنًا، وقد بطلت الثمنية بالكساد، فعجز عن رد المثل، فيلزمه رد القيمة، كما لو استقرض رطبًا، فانقطع عن أيدي الناس؛ أنه يلزمه قيمته، ولأبي حنيفة أن رد المثل كان واجبًا، والفائت بالكساد ليس إلا وصف الثمنية، وهذا وصف لا تعلق لجواز القرض به، ألا ترى أنه يجوز استقراضه بعد الكساد ابتداء، وإن خرج من كونه ثمنًا، فلأن يجوز بقاء القرض فيه أولى؛ لأن البقاء أسهل، وكذلك الجواب في الدراهم التي يغلب عليها الغش؛ لأنها في حكم الفلوس، وروي عن أبي يوسف أنه أنكر استقراض الدراهم المكحلة والمزيفة، وكره إنفاقها، وإن كانت تنفق بين الناس لما في ذلك من ضرورات العامة، وإذا نهي عنها وكسدت فهي بمنزلة الفلوس إذا كسدت[٢].

وإذا اشترى بالدراهم التي غلب غشها أو بالفلوس، ولم يسلمها للبائع، ثم كسدت بطل البيع، والانقطاع عن أيدي الناس كالكساد، ويجب على المشتري رد المبيع لو قائمًا، ومثله أو قيمته لو هالكًا، خلاصة ما ذكره المصنف - رحمه اللَّه تعالى - في رسالته بذل المجهود في مسألة تغير النقود، وفي الذخيرة عن المنتقى: إذا غلت الفلوس قبل القبض أو رخصت.

قال أبو يوسف: قولي وقول أبي حنيفة في ذلك سواء وليس له غيرها، ثم رجع أبو يوسف وقال: عليه قيمتها من الدراهم، يوم وقع البيع ويوم وقع القبض.

وفي المادة (٢٣٥) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة أنه: « إذا كان القرض نقودًا ثم بطل التعامل بها، أو اختلف سعرها، فعلى المقترض قيمتها يوم قبضها في بلد القرض ».

---

(١) يستفاد حكمها من الدر ورد المحتار من أوائل القرض: ٥/ ١٦٢، وبدائع الصنائع: ٧/ ٥٨٢، وحاشية الطحطاوي: ٣/ ١٠٥، ومواهب الجليل: ٤/ ٣٤١، وفي أسنى المطالب: ٢/ ١٤٤، وكشاف القناع: ٣/ ٣١٥.

(٢) بدائع الصنائع: ٧/ ٣٩٦، ورد المحتار: ٤/ ٥٣٤.

وهذا الاتجاه الذي عبَّرت عنه المادة (٦٤٤) مدني أردني، ونصها:

١ - « يلتزم المقترض برد مثل ما قبض مقدارًا ونوعًا وصفة، عند انتهاء مدة القرض، ولا عبرة لما يطرأ على قيمته من تغيير، وذلك في الزمان والمكان المتفق عليها.

٢ - فإذا تعذر رد مثل العين المقترضة انتقل حق المقرض إلى قيمتها يوم قبضها ».

***

(مادة ٧٩٠): إذا لم يكن في وسع المستقرض رد مثل الأعيان المقترضة، بأن استهلكها ثم انقطعت عن أيدى الناس، يجبر المقرض على الانتظار إلى أن يوجد مثلها، إلا إذا تراضيا على القيمة[1].

تناولت هذه المادة حكم انقطاع مثل القرض عن أيدي الناس، وعجز المقترض عن رد مثل الأعيان المقترضة، كما لو استقرض مكيلًا أو موزونًا، ثم انقطع عن أيدي الناس قبل أن يقبضه إلى المقرض، فعند أبي حنيفة يجبر المقرض على التأخير إلى إدراك الجديد ليصل عين حقه؛ لأن الانقطاع بمنزلة الهلاك، ومن مذهبه أن الحق لا ينقطع عن العين بالهلاك.

وقال أبو يوسف: هذا لا يشبه كساد الفلوس؛ لأن هذا مما يوجد، فيجبر المقرض على التأخير، إلا أن يتراضيا على القيمة، وهذا في الوجه، كما لو التقيا في بلدٍ الطعام فيه غالب فليس له حبسه، ويوثق له بكفيل حتى يعطيه إياه في بلده[2].

وهذا هو ما جاءت به المادة (٢٣٦) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة، وفيها أنه: « وإذا انقطع المثلي يجبر المقرض على انتظار تواجده، إلا إذا تراضيا على القيمة ».

***

(مادة ٧٩١): إذا طلب المقرض رد مثل العين المقترضة، وكان المستقرض معسرًا لا مال له فلا يطالب به إلا عند يساره.

إن المدين المعسر يمهل حتى يوسر، ويترك يطلب الرزق لنفسه وعياله، والوفاء لدائنيه، ولا تحل مطالبته ولا ملازمته ولا مضايقته؛ لأن المولى - سبحانه - أوجب إنظاره إلى وقت الميسرة فقال: ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾ [البقرة: ٢٨٠]، قال ابن رشد: لأن

---

(١) يستفاد حكمها من تنقيح الحامدية من أوسط باب القرض ص: ٣٢٤، ومن الدر ورد المحتار من أوسط القرض ص: ١٧٣، وحاشية الصاوي: ٣/ ٢٩٦، وفي أسنى المطالب: ٢/ ١٤٤، ومطالب أولي النهى: ٣/ ٢٤٣.

(٢) رد المحتار: ٥/ ١٦٣.

المطالبة بالدين إنما تجب مع القدرة على الأداء، فإذا ثبت الإعسار فلا سبيل إلى المطالبة، ولا إلى الحبس بالدين؛ لأن الخطاب مرتفع عنه إلى أن يوسر، وقال الشافعي: لو جازت مؤاخذته لكان ظالمًا، والفرض أنه ليس بظالم لعجزه، بل إن ابن العربي قال: إذا لم يكن المديان غنيًّا، فمطله عدل، وينقلب الحال على الغريم، فتكون مطالبته ظلمًا؛ لأن اللَّه تعالى قال: ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾ [البقرة: ٢٨٠].

وأجاز الحنفية ملازمة الدائن لمدينه المعسر مع استحقاقه الإنظار بالنص، وقد بيَّن المصطفى ﷺ فضل إنظار المعسر وثوابه عند اللَّه تعالى، فعن أبي هريرة ﷺ قال: سمعت رسول اللَّه ﷺ يقول: « **من أنظر معسرًا أو وضع له أظله اللَّه في ظل عرشه يوم القيامة** »[١]، واختلف الفقهاء في المدين المعسر إذا لم يكن القدر الذي استحق عليه حاضرًا عنده، لكنه قادر على تحصيله بالتكسب، مثلًا، هل يجب عليه ذلك أم لا؟ قال الحافظ ابن حجر: أطلق أكثر الشافعية عدم الوجوب، وصرح بعضهم بالوجوب مطلقًا، وفصل آخرون بين أن يكون أصل الدَّيْن يجب بسبب يعصي به فيجب، وإلا فلا، كما اختلفوا في: هل يجبر المدين المعدم على إجارة نفسه لوفاء دين الغرماء من أجرته إن كان قادرًا على العمل أم لا؟[٢].

وقد أثبت الدكتور فرحات زيادة - في بحث قيِّم له عن ملازمة المدين - أن الأحناف انفردوا بالقول بالملازمة؛ تأثرًا منهم بالأعراف الناشئة عن تطبيق القانون الروماني فترة طويلة في الشام وما جاورها، وقد نقل الفقه الإسلامي - بتطويره نظام الإفلاس - سلطة الدائن من جسد المدين إلى ماله، فإذا أعسر ولم يكن له مال انتفت سلطة الدائن على المدين، ووجب عليه الانتظار إلى حين ميسرة، ولا يتفق هذا مع إثبات حق الدائن في ملازمته، بالتفصيل الذي حدده الأحناف.

***

❁ (مادة ٧٩٢): إذا استقرض عدة أشخاص مبلغًا من النقود، واستولاه أحدهم بأمرهم من المقرض، فليس له أن يطلب من القابض سوى حصته[٣].

الأصل أن التوكيل بالإقراض جائز لا بالاستقراض، والرسالة بالاستقراض تجوز، ولو أخرج وكيل الاستقراض كلامه مخرج الرسالة يقع القرض للآمر، ولو مخرج الوكالة، بأن أضافه إلى نفسه يقع للوكيل، وله منعه عن آمره.

---

(١) مسند الإمام أحمد بن حنبل: ٢/ ٣٥٩ برقم (٨٦٩٦).

(٢) الموسوعة الفقهية: ٣٨/ ١١٥، ١١٦.

(٣) يستفاد حكمها من الدر أواخر القرض: ٥/ ١٦٦.

وطبقًا لذلك فإنه إذا استقرض أحد مالًا، وطلب مَن المقرض تسليمه إلى وكيله أو رسوله، فإن القرض يقع للمقترض، لا لوكيله أو رسوله، بناءً على أن التوكيل بالاستقراض لم يصح، وقد نصت المادة على أنه: « إذا استقرض جماعة مالًا وتسلمه أحدهم بأمرهم، فإن القابض يطالب بنصيبه من القرض، ويكون كل منهم مسؤولًا عن نصيبه خاصة؛ لأن القابض مجرد رسول ومعبر عن المقترضين الذين يقع القرض لهم.

ويتفق هذا مع الاتجاه الذي عبرت عنه المادة (٦٤٥) من القانون المدني الأردني، ونصها: « إذا اقترض عدة أشخاص مالًا، وقبضه أحدهم برضا الباقين، فليس لأيهم أن يطالب إلا بمقدار حصته فيما قبضه ».

***

❁ (مادة ٧٩٣): إذا استقرض صبي محجور عليه شيئًا، فاستهلكه الصبي، فعليه ضمانه، فإن تلف الشيء بنفسه فلا ضمان عليه، وإن كانت عينه باقية فللمقرض استردادها[١].

قوله: « أقرض صبيًا محجورًا فاستهلكه » قيد بالمحجور؛ لأنه لو كان مأذونًا فهو كالبالغ وبالاستهلاك؛ لأنه لو بقيت عينه، فللمالك أن يسترده، ولو تلف بنفسه لا يضمن اتفاقًا، كما في جامع الفصولين (قوله خلافًا للثاني) فإنه يضمن قال في الهندية عن المبسوط وهو الصحيح ط (قوله وكذا الخلاف لو باعه) أي باع من الصبي أو أودعه أي واستهلكهما ولا حاجة إلى ذكر قوله أو أودعه لتصريح المصنف به في قوله وهو كالوديعة.. ا هـ (قوله خلافًا للثاني) فيؤاخذ به حالا كالوديعة عنده هندية (قوله وهو) أي الإقراض لهؤلاء[٢].

وجوب الضمان من خطاب الوضع لا من خطاب التكليف، فلا يشترط العقل والتمييز لثبوته؛ ولذا لو أتلف الصبي أو المجنون مال غيره ضمنا ما يتلفانه، والخلاف فيما إذا سلط البالغ العاقل صبيًا أو مجنونًا على مال أحد فأتلفاه بفعلهما، وذهب أبو حنيفة ومحمد إلى أن الضمان على البالغ العاقل؛ لأنه صاحب السبب الأقوى، وذهب أبو يوسف إلى أن الضمان عليهما؛ لأنه إذا اجتمعت المباشرة والتسبب رجع الضمان إلى المباشر.

وفي مجمع الضمانات: رجل أقرض صبيًا أو معتوهًا شيئًا، فاستهلكه الصبي أو المعتوه لا يضمن في قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: يضمن.

---

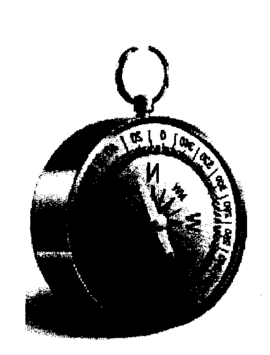
(١) يستفاد حكمها من الدر ورد المحتار من أوسط فصل في القرض ص: ١٧٤.
وجاء في حاشية الطحطاوي ٣/ ١٠٥ : « وإن وجد المقرض ماله بعينه عند أحد من هؤلاء فهو أحق به ».
(٢) رد المحتار: ٥/ ١٦٥.

وكذا لو أقرض صبيًّا فاستهلكه الصبي لا يضمنه، وكذا المعتوه ولو عبدًا محجورًا لا يؤاخذ به قبل العتق، وهو كالوديعة.

وقد جاء في المادة (٧٣٦) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة أنه: « إذا أقرض صبيًّا محجورًا عليه، أو أقرض معتوهًا شيئًا فاستهلكه فعليه ضمانه ».

***

كتاب الوديعة



❁ (مادة ٧٩٤): الإيداع هو تسليط المالك[1] غيره على حفظ ماله صراحة أو دلالة، والوديعة هي المال المودع[2] عند أمين لحفظه.

تتناول هذه المادة تعريف عقد الوديعة بالنظر إلى محله والعملية القانونية المقصودة منه، وهي أن يتولى المودع حفظ الوديعة، وتنصرف الالتزامات التي ينشئها هذا العقد إلى تحقيق المقصود من هذا العقد، وهو عقد جائز؛ لأنه تصرف من المالك فيما يحتاج إليه من ملكه بحفظه أو إيداعه في المواضع التي تحقق انتفاعه، والمودَع مندوب إلى القبول شرعًا؛ لما فيه من الإعانة على البر، قال اللَّه تعالى: ﴿ وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ ﴾ [المائدة: ٢]، وقال ﷺ: « **واللَّه تعالى في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه** »[3]، وبعد القبول، عليه أداء ما التزم، وهو الحفظ، حتى يؤديها إلى صاحبها؛ لقوله تعالى: ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَـٰنَـٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا ﴾ [النساء: ٥٨]، وقال ﷺ: « **أدِّ الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك** »[4]، وقال ﷺ: « **آية المنافق ثلاث: إذا حدَّث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا اؤتمن خان** »[5].

ولا تختلف التعريفات التي ساقتها القوانين المدنية العربية عن ذلك، سوى أن بعضها يركز على محل العقد، وهو الحفظ، والبعض الآخر على الالتزام الذي ينشئه العقد، فالمادة (٧١٨) مدني مصري تنص على أن: « الوديعة عقد يلتزم به شخص أن يتسلم شيئًا من آخر، على أن يتولى حفظ هذا الشيء، وعلى أن يرده عينًا »، أما التعريف الوارد في المواد (٩٥١) عراقي، (٧٢٠) كويتي، (٨٦٨) أردني فتعدل عن ذلك إلى التركيز على محل العقد، ومقصوده وهو الحفظ، فالمادة (٨٦٨) أردني تنص على أن:

١ - « الإيداع عقد يخول به المالك غيره حفظ ماله، ويلتزم به الآخر حفظ هذا المال ورده عينًا.

٢ - والوديعة هي المال المودع في يد أمين لحفظه»، وهو ما جاء كذلك في المادة (٧١٤) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، ونصها: « الوديعة عقد يتولى شخص بمقتضاه حفظ مال لشخص آخر ».

***

(١) في طبعة دار الفرجاني « لمالك » والمثبت من طبعة نظارة المعارف وهو الصحيح.

(٢) الدر المختار : ٥/ ٦٦٢، حاشية الطحطاوي : ٣/ ٣٧٥، (٧٦٣) من مجلة الأحكام العدلية، البحر الرائق : ٧/ ٢٧٣، وابن عابدين : ٤/ ٧٥٤، ومجمع الأنهر : ٢/ ٣٢٧، وفتح القدير : ٧/ ٨٨ وما بعدها.

(٣) مسند الإمام أحمد بن حنبل : ٢/ ٢٥٢ برقم (٧٤٢١).

(٤) مسند الإمام أحمد بن حنبل : ٣/ ٤١٤ برقم (١٥٤٦٢).

(٥) صحيح البخاري : ١/ ٢١ برقم (٢٣).

❁ (مادة ٧٩٥): يشترط لصحة الإيداع كون المال المودع قابلًا لإثبات اليد عليه[١].

يشترط لصحة الإيداع كون المال قابلًا لإثبات اليد عليه، حتى لو أودع الطير الذي في الهواء والمال الساقط في البحر لا يصح[٢]؛ لأن حفظ شيء بدون إثبات اليد عليه محال[٣].

وقد نصت المادة (٧٧٥) من مجلة الأحكام العدلية على أنه: « يشترط في الوديعة أن تكون قابلة لوضع اليد وصالحة للقبض، فبناءً عليه لا يصح إيداع الطير الطائر في الهواء ».

وهذا هو ما عبرت عنه المادة (٨٦٩) مدني أردني، ونصها:

« يشترط لصحة العقد أن تكون الوديعة مالًا قابلًا لإثبات اليد عليه ».

***

❁ (مادة ٧٩٦): إنما يتم الإيداع في حق وجوب الحفظ بالإيجاب والقبول صريحًا، مع تسليم العين للمستودع تسليمًا حقيقيًّا أو حكميًّا بأن يضعها بين يديه، أو بالإيجاب والقبول دلالة بأن يضع العين بين يدي آخر؛ ولم يقل شيئًا؛ وسكت الآخر عند وضعه؛ فإنه يجب عليه حفظها[٤].

الإيداع هو تسليط الغير على حفظ ماله يعني صريحًا أو دلالة؛ ولذا لو انفتق زق رجل فأخذه رجل ثم تركه، ولم يكن المالك حاضرًا يضمن؛ لأنه لما أخذه فقد التزم حفظه دلالة، وإن لم يأخذه لا يضمن، وإن كان المالك حاضرًا لم يضمن.

والوديعة هي ما تترك عند الأمين، وركنها الإيجاب قولًا صريحًا أو كناية أو فعلًا، والقبول من المودع صريحًا أو دلالة في حق وجوب الحفظ، وإنما قلنا: صريحًا أو كناية؛ ليشمل ما لو قال الرجل: أعطني ألف درهم، أو قال لرجل في يده ثوب: أعطنيه، فقال: أعطيتك، فهذا على الوديعة؛ لأن الإعطاء يحتمل الهبة والوديعة، والوديعة أدنى، وهو متيقن فصار كناية، وإنما قلنا في الإيجاب: أو فعلًا؛ ليشمل ما لو وضع ثوبه بين يدي رجل ولم يقل شيئًا فهو إيداع، وإنما قلنا في القبول: أو دلالة؛ ليشمل سكوته عند وضعه بين يديه فإنه قبول دلالة، حتى لو قال: لا أقبل لا يكون مودَعًا؛ لأن الدلالة لم توجد.

ولهذا لو وضع كتابه عند قوم فذهبوا وتركوه ضمنوا إذا ضاع، وإن قاموا واحدًا بعد واحد ضمن الأخير؛ لأنه تعين للحفظ فتعين للضمان؛ ولهذا إذا وضع ثيابه في الحمام بمرأى من

---

(١) يستفاد من الدر أول الإيداع رقم : ٤٩٤.
(٢) البحر الرائق شرح كنز الدقائق : ٧/ ٢٧٣.
(٣) درر الحكام شرح غرر الأحكام : ٢/ ٢٤٥، مجمع الأنهر : ٢/ ٣٣٨.
(٤) يستفاد من الدر أول الإيداع رقم : ٤٩٣، ٤٩٤، و المادة (٧٧٣) من مجلة الأحكام العدلية.

الثيابي كان إيداعًا وإن لم يتكلم، ولا يكون الحمامي مودعًا ما دام الثيابي حاضرًا، فإن كان غائبا فالحمامي مودَع، وكذلك إذا قال لصاحب الخان: أين أربطها، فقال: هناك، كان إيداعًا، ولو لبس أحد ثوبًا بمرأى عين الثيابي، فظن الثيابي أنه ثوبه فإذا هو ثوب الغير ضمن، وإنما قلنا: في حق وجوب الحفظ؛ لأنها تتم بالإيجاب وحده في حق الأمانة، حتى لو قال للغاصب: أودعتك المغصوب برئ عن الضمان وإن لم يقبل[1]، وفي المادة (٨٤٣) من تقنين الشريعة على مذهب أبي حنيفة أنه: « يصح القبول في عقد الإيداع صراحة أو دلالة ».

وهذا هو الاتجاه الذي عبرت عنه المادة (٨٧٠) مدني أردني، ونصها:

« يتم عقد الإيداع بقبض المال المودع حقيقة أو حكمًا ».

***

(مادة ٧٩٧): إذا كانت الوديعة موضوعة في صندوق مغلق، أو في مظروف مختوم، واستلمها المستودع صحَّ استلامها، وإن لم يدر ما فيها، وإن ادعى صاحبها عند ردها إليه نقصان شيء منها فلا يجب على المستودع اليمين، إلا أن يدعي المودع عليه الخيانة[2].

لا يشترط لصحة الوديعة رؤيتها والنظر إلى ما تحتويه، لو كانت بداخل شيء مغلق، وإنما الشرط أن تكون الوديعة مالًا قابلًا لإثبات اليد عليه، فيصح تسلم المودَع إذا كانت موضوعة في بيت أو صندوق، ولو ادعى المودِع نقصان شيء من المظروف أو الشيء المغلق لم يجب على المودَع اليمين، إلا إذا ادعى عليه المودِع الخيانة أو التقصير في الحفظ؛ لافتراض أمانته.

***

(مادة ٧٩٨): ليس للمستودع أن يأخذ أجرة على حفظ الوديعة، ما لم يشترط ذلك في العقد[3].

الوديعة من عقود التبرع، فيفترض أن تكون بغير أجر، ما لم يتفق على غير ذلك صراحة أو عرفًا أو دلالة، كأن ينتصب المودَع لحفظ الأموال[4].

---

(١) البحر الرائق : ٧/ ٢٧٣.

(٢) يستفاد من الهندية من أواخر الباب الرابع فيما يكون تضييعًا للوديعة ص : ٣٢٦، ومن أوسط الوديعة من تنقيح الحامدية ص : ٨٤، والفتاوى الهندية : ٤/ ٣٤٦ حيث جاء: «أودع عند رجل زنبيلًا فيه آلات البخارين ثم جاء واسترده، وادعى أنه كان فيه قدوم قد ذهب منه، فقال المودع: قبضت منك الزنبيل ولا أدري ما فيه، لا ضمان عليه ولا يمين عليه أيضًا، وكذا إذا أودع دراهم في كيس ولم يزن على المودع، ثم ادعى أنها أكثر من ذلك فلا يمين عليه، إلا أن يدعي عليه الفعل وهو التضييع أو الخيانة ».

(٣) يستفاد من رد المحتار من أوائل الإيداع ص : ٤٩٤، ومن آخر الباب الثالث في شروط يجب اعتبارها في الوديعة من الهندية : ٤/ ٣٤٢ حيث جاء: «المودع إذا شرط الأجرة للمودع على حفظ الوديعة صح ولزم عليه ».

(٤) رد المحتار : ٥/ ٦٦٤.

وتتفق هذه المادة مع اتجاهات القوانين المدنية العربية؛ ففي المادة (٧٢٤) مدني مصري أن: «الأصل في الوديعة أن تكون بغير أجر، فإذا اتفق على أجر وجب على المودع أن يؤديه وقت انتهاء الوديعة، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك»، وتتفق كذلك مع ما ورد في المادة (٧٢٠) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، ونصها:

١ - «تعتبر الوديعة بغير أجر، ما لم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص ضمنًا من ظروف الحال.

٢ - فإذا اتفق على أجر، وجب على المودع أن يؤديه وقت انتهاء الوديعة، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك».

وهو ما عبَّرت عنه كذلك المادة (٩٦٨) مدني عراقي، (٧٢٦) كويتي، (٨٧١) مدني أردني، ونصها: «ليس للمودَع لديه أن يتقاضى أجرًا على حفظ الوديعة، ما لم يتفق على غير ذلك».

وقد نصت المادة (١٩٩) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب مالك على أنه: «ليس للمودَع عنده أن يطلب أجرة على حفظ الوديعة، أو أجرة المحل الذي وضعت فيه، إلا إذا اشترط ذلك عند الإيداع أو جرى به عرف خاص، وله أن يطالب بما أنفقه في وسائل حفظها وصيانتها» الشرح الصغير وحاشيته: ٢/ ٢٢٥، القوانين الفقهية ص: ٣٥٩.

وجاء في بداية المجتهد: ٢/ ٢٦٠ ما يأتي: «لا أجر للمودع عنده على حفظ الوديعة».

***

(مادة ٧٩٩): يجب على المستودع أن يعتني بحفظ الوديعة بما يحفظ به ماله، وأن يضعها في حرز مثلها على حسب نفاستها[1]، وله أن يحفظها بنفسه أو بمن يأتمنه على حفظ ماله ممَّن في عياله[2].

للمودَع أن يحفظ الوديعة بنفسه وبعياله؛ لأن المطلوب منه أن يحفظها مثل ما يحفظ مال نفسه، ومال نفسه يحفظه بمن في عياله من زوجته وولده ووالديه أو غيرهم، والمعتبر فيه المساكنة لا النفقة عليه، ألا ترى أن المرأة إذا دفعت الوديعة إلى زوجها لا تضمن، ولو دفع إلى أجيره الذي استأجره مشاهرة ونفقته عليه لا يضمن، وعن محمد - رحمه اللَّه - أن المودع إذا دفع الوديعة إلى وكيله وليس في عياله، أو دفع إلى أمين من أمنائه ممن يثق به في ماله وليس في عياله لا يضمن؛ لأنه حفظه مثل ما يحفظ ماله، وجعله مثله، ولا يجب عليه أكثر من ذلك.

---

(١) يستفاد من تنقيح الحامدية من أوسط الوديعة ص: ٨٧، والدر المختار: ٥/ ٦٦٤، والمادة (٧٨٢) من مجلة الأحكام العدلية.

(٢) جاء في الدر المختار ٥/ ٦٦٤: «وشرط كونه - أي مَنْ في عياله - أمينًا فلو علم خيانته ضمن».

أما إن حفظها بغير من في عياله ضمن؛ لأن صاحبها لم يرض بيد غيره، والأيدي تختلف في الأمانة؛ والوضع في حرز غيره من غير استئجار له إيداع حتى يضمن به؛ لأن الوضع في الحرز وضع في يد من في يده الحرز فيكون كالتسليم إليه، إلا أن يخاف الحرق أو الغرق فيسلمها إلى جاره، أو فُلْكٍ آخر؛ لأن التسليم إلى جاره، أو الإلقاء إلى سفينة أخرى عند إحاطة النار بداره، وعند تخبط السفينة تعين حفظًا فلا يضمن به.

هذا إذا لم يمكنه أن يدفعها إلى من هو في عياله، وإن أمكنه أن يحفظها في ذلك الوقت بعياله فدفعها إلى الأجنبي يضمن؛ لأنه لا ضرورة له فيه، وكذا لو ألقاها في سفينة أخرى وهلكت قبل أن تستقر فيها، بأن وقعت في البحر ابتداء، أو بالتدحرج يضمن؛ لأن الإتلاف حصل بفعله[1]، وفي المادة (٨٤٧) من تقنين الشريعة على مذهب أبي حنيفة أنه: « يكون حفظ المودع عنده الوديعة بنفسه أو بمن يسكن معه حقيقة أو حكمًا ».

وتتفق هذه المادة مع اتجاهات القوانين المدنية العربية، فالمادة (٧٢٠) مدني مصري تنص على أنه:

١ - « إذا كانت الوديعة بغير أجر، وجب على المودع عنده أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله في حفظ ماله، دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد.

٢ - أما إذا كانت الوديعة بأجر، فيجب أن يبذل في حفظ الوديعة عناية الرجل المعتاد ».

وهو ما ورد كذلك في المادة (٧١٦) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[2]، ونصها:

١ - « يجب على المودع عنده أن يبذل في حفظ الوديعة العناية التي يبذلها في حفظ ماله، دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الشخص العادي.

٢ - ومع ذلك، إذا كانت الوديعة بأجر، وجب على الموع عنده أن يبذل في حفظ الوديعة عناية الشخص العادي.

٣ - ولا يجوز الاتفاق على ما يخالف هذه الأحكام »[3].

---

(١) تبيين الحقائق للزيلعي : ٥/ ٧٦.

(٢) المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة (٧١٦) ص : ٢٧٩.

(٣) طبقًا للفقرة الثالثة، لا يجوز الاتفاق على تشديد مسؤولية المودع عنده، كأن يشترط المودع مسؤولية المودع عنده عن السبب الأجنبي، ولا يجوز تخفيف مسؤولية المودع عنده، كأن يشترط هذا عدم مسؤوليته عن أخطاء معينة، ولا يجوز إعفاء المودع عنده من المسؤولية، كأن يشترط هذا عدم مسؤوليته عن خطئه، وهذا كله تطبيقًا للمادة (٢٢٩) من المشروع التي لا تجيز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعه القوة القاهرة، أو على إعفائه من المسؤولية المترتبة =

❁ (مادة ٨٠٠): إنما يجب حفظ الوديعة على المستودع إذا كان عاقلًا بالغًا، أما لو كان صبيًّا أو مجنونًا فلا ضمان عليه في استهلاك الوديعة، إلا إذا كان الصبي مأذونًا بالتجارة أو قبض الوديعة بإذن وليه فإنه يضمنها بالاستهلاك[١].

لا يصح الإيداع من المجنون والصبي الذي لا يعقل؛ لأن العقل شرط أهلية التصرفات الشرعية، وأما بلوغه فليس بشرط عند الأحناف، حتى يصح الإيداع من الصبي المأذون؛ لأن ذلك مما يحتاج إليه التاجر، فكان من توابع التجارة، فيملكه الصبي المأذون، كما يملك التجارة.

وعند الشافعي لا يملك التجارة، فلا يملك توابعها، ويشترط كذلك عقل المودع، فلا يصح قبول الوديعة من المجنون، والصبي الذي لا يعقل؛ لأن حكم هذا العقد هو لزوم الحفظ، ومن لا عقل له لا يكون من أهل الحفظ، وأما بلوغه فليس بشرط حتى يصح قبول الوديعة من الصبي المأذون؛ لأنه من أهل الحفظ، ألا ترى أنه إن أذن له الولي ولو لم يكن من أهل الحفظ لكان الإذن له سفهًا. وأما الصبي المحجور عليه، فلا يصح قبول الوديعة منه؛ لأنه لا يحفظ المال عادة، ألا ترى أنه إن منع منه ماله، ولو كان يحفظ المال عادة لدفع إليه، قال اللَّه تبارك وتعالى: ﴿ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ﴾ [النساء: ٦]، وبهذا فارق المأذون؛ لأنه يحفظ المال عادة، ألا ترى أنه إن دفع إليه ماله، ولو لم يوجد منه الحفظ عادة لكان الدفع إليه سفهًا[٢].

=على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي؛ إذ إن مثل هذا الاتفاق ينافي مقتضى العقد.

والمادة المذكورة تقابل المادتين (١/ ٩٥٢، ٩٥٣) من التقنين العراقي.

والمادة (١/ ٨٧٣) من التقنين الأردني.

و المادة (٧٢٢) من التقنين الكويتي.

وأحكام المادة المقترحة تتفق في الجملة مع أحكام الفقه الإسلامي.

فقد نصت المادة (١٨٤) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك على ما يأتي: « الوديعة أمانة في يد المودع عنده، فعليه أن يحافظ عليها وأن يتعهدها بالصيانة مما يخاف عليها منه، فإن أهمل في المحافظة عليها وتعهدها بالصيانة: كان ذلك تفريطًا منه يوجب عليه الضمان » الشرح الكبير : ٢/ ٣٩٢، حاشية الشرح الصغير : ٢ / ٢٨٨، ونصت المادة (١٩٠) من هذا المشروع على ما يأتي: «إذا ضاعت الوديعة أو سرقت من المودَع عنده بسبب مخالفته لكيفية حفظها التي اتفق عليها مع المودع، أو التي جرى بها العرف في حفظ مثلها، أو بسبب نسيانه لها في موضع وضعها فيه، أو بدخوله بها في مكان، مع تمكنه من وضعها في بيته، أو عند أمين قبل دخوله بها، فإنه يضمنها في جميع هذه الحالات » الشرح الصغير وحاشيته : ٢/ ٣٢١، القوانين الفقهية ص : ٣٥٩.

(١) يستفاد من الدر وتكملة رد المحتار من أوائل الإيداع ص : ٣٠٩.

وجاء في الدر المختار ٥/ ٦٦٣: « فلو أودع صبيًّا فاستهلكها لم يضمن ».

(٢) بدائع الصنائع : ٦/ ٢٠٧.

وإنما وجب هذا الشرط بمقتضى القواعد العامة في العقود والضمانات؛ ولهذا لم تتضمن القوانين المدنية العربية النص عليها في باب الوديعة.

***

(مادة ٨٠١): الوديعة أمانة لا تضمن بالهلاك مطلقًا، سواء أمكن التحرز أم لا، وإنما يضمنها المستودع بتعديه عليها أو بتقصيره في حفظها[١].

لا يضمن المودع الوديعة بغير تعد بالهلاك، سواء أمكن التحرز عنه أو لا، هلك معها للمودع شيء أو لا؛ لقوله ﷺ: « **ليس على المستودع غير المغل ضمان** »[٢]؛ ولأن شرعيتها لحاجة الناس إليها، ولو ضمنها المودع امتنع الناس عن قبولها، وفي ذلك تعطيل المصالح، واشتراط الضمان على الأمين باطل، وبه يفتى كما في أكثر المعتبرات، إلا أن يموت المودع مجهلًا، أي لم يبين حال الوديعة، فإنه حينئذ يكون متعديًا فتضمن، وكذا الأمناء أي كل أمين مات مجهلًا لحال الأمانة يضمن، إلا متوليًا أخذ الغلة ومات مجهلًا، وسلطانًا أودع بعض الغانمين بعض الوديعة ومات مجهلًا أي بلا بيان المودع، وقاضيًا أودع مال اليتيم ومات مجهلًا بلا بيان المودع[٣].

وجاء في تبيين الحقائق: الوديعة أمانة في يد المودع فلا تضمن بالهلاك؛ لقوله – عليه الصلاة والسلام –: « **لا ضمان على مؤتمن** »[٤]، ولأن المودع متبرع في الحفظ، وما على المحسنين من سبيل، ولأن يده يد المالك، فيكون هلاكها في يد المالك فلا يجب الضمان؛ ولأن للناس حاجة إلى الإيداع، فلو ضمن المودع لامتنع الناس عن قبول الودائع فكانوا يحرجون بذلك، وهلاكها لا يختلف بين أن يكون بشيء يمكن التحرز عنه أو لا، وبين إن هلك للأمين مال غيرها معها أو لم يهلك، وقال مالك – رحمه اللَّه –: إن ادعى أنها سرقت وحدها يضمن لمكان التهمة[٥]، وفي المادة (٨٤٥) من تقنين الشريعة على مذهب أبي حنيفة أن: « الإيداع في يد المودع عنده أمانة لا يضمنه بالهلاك، إلا إذا كان الإيداع بأجر أو أعارها ».

وهو ما عبرت عنه القوانين العربية المدنية؛ فقد جاء في المادة (٨٧٢) مدني أردني:

---

(١) يستفاد من الدر أوائل الإيداع : ٥/ ٦٦٤ حيث جاء: «وهي أمانة، هذا حكمها، مع وجوب الحفظ والأداء عند الطلب واستحباب قبولها، فلا تضمن بالهلاك، إلا إذا كانت الوديعة بأجر، سواء أمكن التحرز أم لا، هلك شيء معها أم لا؛ لحديث الدارقطني: « ليس على المستودع غير المغل ضمان ». وانظر حاشية الطحطاوي : ٣/ ٣٧٦، والمادة (٨٤٥) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة.

(٢) سنن البيهقي الكبرى : ٦/ ٩١ برقم (١١٢٦٦).

(٣) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر : ٢/ ٣٣٩.

(٤) سنن الدار قطني : ٣/ ٤١ برقم (١٦٧).

(٥) تبيين الحقائق للزيلعي : ٥/ ٧٦.

١ - « الوديعة أمانة في يد المودع لديه، وعليه ضمانها إذا هلكت بتعديه أو بتقصيره في حفظها، ما لم يتفق على غير ذلك ».

وتتفق مادة المرشد مع ما في الفقه الإسلامي؛ ففي المادة (٧٧٠) من المجلة العدلية أن: «الوديعة أمانة في يد الوديع، بناءً عليه إذا هلكت بلا تعدٍّ من المستودع وبدون صنعه وتقصيره في الحفظ فلا يلزم الضمان، إلا إذا كان الإيداع بأجرة على حفظ الوديعة، فهلكت أو ضاعت بسبب يمكن التحرز عنه لزم المستودع ضمانها ».

وفي المادة (١٨٤) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب مالك أن: « الوديعة أمانة فى يد المودَع عنده، فعليه أن يحافظ عليها، وأن يتعهدها بالصيانة مما يخاف عليها منه، فإن أهمل في المحافظة عليها وتعهدها بالصيانة كان ذلك تفريطًا منه يوجب عليه الضمان »[١].

وفي المادة (١٨٥) من هذا المشروع أن: « الأصل في المودَع عنده أنه أمين، فلا يضمن الوديعة ولو شرط عليه ضمانها، إلا إذا فرط فيها وكان بالغًا رشيدًا ».

***

(مادة ٨٠٢): إذا كان الإيداع بأجرة فهلكت الوديعة، أو ضاعت بسبب يمكن التحرز منه، فضمانها على الوديع.

واشتراط الضمان على الأمين كالحمامي والخاني باطل، وأما من جرى العرف بأنه يأخذ في مقابلة حفظه أجرة فيضمن[٢]؛ لإيجاب الضمان عليه فيما يمكنه الاحتراز عنه من أسباب النقص أو الهلاك، أما إذا حدث التلف أو الهلاك بسبب لا يمكن التحرز منه، كحريق غالب أو عدم مكابر فإن المودَع لا يضمن، سواء كانت الوديعة بأجرة أو بغير أجرة، ولا يجوز الاتفاق على ما يخالف، سواء بإعفاء المودَع من المسؤولية عن الإهمال أو التقصير، أو بتشديد المسؤولية عليه وجعله مسؤولًا عن السبب الأجنبي، وما يحدث بقوة قاهرة لا يد له فيه.

***

(مادة ٨٠٣): إذا اشترط في عقد الوديعة شرط على المستودع، وكان الشرط مفيدًا ومراعاته ممكنة، وجب اعتباره والعمل به، وإن كان غير مفيد، أو كان مفيدًا لكن مراعاته غير ممكنة، فهو لغو لا يعمل به[٣].

القاعدة أن المسلمين على شروطهم، إلا شرطًا أحلَّ حرامًا أو حرم حلالًا، ويصح الشرط

---

(١) الشرح الكبير : ٢/ ٣٩٢. (٢) الدر المختار : ٥/ ٦٦٤.

(٣) يستفاد من تنقيح الحامدية من أواخر الوديعة ص : ٩٠.

ويلزم إذا كان مفيدًا في تحقيق مقصود العقد وممكنًا إعماله، وإلا فلا يصح ولا يلزم، فإذا قال صاحب الوديعة للمودع: خبئها في بيتك هذا، فخبأها في بيت آخر في داره تلك، فضاعت: فلا ضمان عليه استحسانًا وفي القياس: هو ضامن؛ لأنه خالف أمره نصًّا، فهو كما لو قال: أخبئها في دارك هذه، فخبأها في دار أخرى فهلكت.

وفي الاستحسان يقول: إنما يعتبر من كلامه ما يكون مفيدًا، دون ما لا يكون مفيدًا، ألا ترى أنه لو قال: احفظها بيمينك دون يسارك، أو انظر إليها بعينك اليمنى دون اليسرى، لم يعتبر؛ لأنه غير مفيد، إذا ثبت هذا فنقول: البيتان في دار واحدة لا يتفاوتان في معنى الحرزية؛ لأن الكل حرز واحد، ألا ترى أن السارق إذا أخرج المتاع من أحد البيتين إلى البيت الآخر، لم يقطع إذا أخذ قبل أن يخرجه من الحرز، أما الداران فيتفاوتان في الحرز، فكان تقييده في الدار مفيدًا؛ لأن كل دار حرز على حدة، ألا ترى أنه لو قال له: لا تخرج بها من الكوفة، فخرج بها إلى البصرة كان ضامنًا؛ لأن التقييد في المصرين مفيد، فإن انتقل من الكوفة إلى البصرة، أو إلى غيرها لشيء لم يكن له منه بد، فهلكت؛ فلا ضمان عليه؛ لأن المودَع إنما يلتزم شرط المودِع بحسب إمكانه، ألا ترى أنه لو قال: أمسكها بيدك ولا تضعها ليلًا ولا نهارًا، فوضعها في بيته فهلكت، لم يضمنها؛ لأن ما شرط عليه ليس في وسعه - باعتبار العادة - فكذلك يسقط اعتبار شرطه.

ولو أودعه وديعة فقال: لا تدفعها إلى امرأتك، أو عبدك، أو ولدك، أو أجيرك فإني أتهمهم عليها، فدفعها إلى الذي نهاه عنه، فهلكت، فإن كان يجد بدًّا من الدفع إليه، بأن كان له سواه أهل وخدم فهو ضامن، وإن كان لا يجد بدًّا من ذلك لم يضمن؛ لأن شرطه هذا مفيد، وقد يأتمن الإنسان الرجل على ماله ولا يأتمن زوجته، إلا أنه إنما يلزمه مراعاة شرطه بحسب الإمكان، فإذا كان يجد بدًّا من الدفع إلى من نهاه عنه فهو متمكن من حفظها على الوجه

=وجاء في بدائع الصنائع ٦/ ٣٢٠: « ولو قال: لا تخرجها من الكوفة فخرج بها تدخل في ضمانه؛ لأنه شرط يمكن اعتباره، وهو مفيد؛ لأن الحفظ في المصر أكمل من الحفظ في السفر؛ إذ السفر موضع الخطر، إلا إذا خاف التلف عليها فاضطر إلى الخروج بها فخرج لا تدخل في ضمانه؛ لأن الخروج بها في هذه الحالة طريق متعين للحفظ، كما إذا وقع في داره حريق، أو كان في سفينة فخاف الغرق فدفعها إلى غيره، ولو قال له: احفظ الوديعة في دارك هذه فحفظها في دار له أخرى، فإن كانت الداران في الحرز سواء، أو كانت الثانية أحرز لا تدخل في ضمانه؛ لأن التقييد غير مفيد، وإن كانت الأولى أحرز من الثانية دخلت في ضمانه؛ لأن التقييد به عند تفاوت الحرز مفيد، وكذلك لو أمره أن يضعها في داره في هذه القرية ونهاه عن أن يضعها في داره في قرية أخرى فهو على هذا التفصيل، ولو قال له: أخبأها في هذا البيت وأشار إلى بيت معين في داره، فخبأها في بيت آخر في تلك الدار لا تدخل في ضمانه، لأن البيتين من دار واحدة لا يختلفان في الحرز عادة، بخلاف الدارين فلا يكون التعيين مفيدًا، حتى لو تفاوتا بأن كان الأول أحرز من الثاني تدخل في ضمانه »، انظر أيضًا حاشية الطحطاوي : ٣/ ٣٧٧، والمادة (٧٨٤) من مجلة الأحكام العدلية.

المأمور به، فيصير ضامنًا بحفظها على الوجه المنهي عنه، وإذا كان لا يجد بدًّا من ذلك، فهو حافظ لها بحسب الإمكان، وليس عليه أكثر من ذلك فلا يضمنها[1]، وفي المادة (٨٥٠) من تقنين الشريعة على مذهب أبي حنيفة أنه: « إذا دفع المودع عنده إلى بعض عياله ممن نهاه عنه المودع ضمن إن وجد بدًّا، وإلا فلا ».

***

(مادة ٨٠٤): لا يجوز للمستودع أن يودع الوديعة عند أجنبي، من غير عذر، بدون إذن صاحبها، فإن أودعها بلا إذنه وهلكت بتعدي المستودع الثاني، فلصاحب الوديعة الخيار، إن شاء ضَمَّن المستودع الأول أو الثاني، فإن ضَمَّن الأول فله الرجوع على الثاني، وإن ضمَّن الثاني فلا رجوع له على أحد[2]، وإن هلكت عند الثاني بدون تعديه وقبل مفارقة الأول فلا يضمن أحد منهما، وإن هلكت بعد مفارقته، فلصاحبها أن يُضَمِّن المستودع الأول دون الثاني.

شخص المودَع مراعى في الوديعة، لاختلاف الناس في الحفظ والأمانة، وقد يرضى المودِع بإيداع ماله عند شخص دون آخر، ولذا فليس للمودَع أن يحفظ الوديعة عند أجنبي دون إذن صاحبها بغير عذر، فإذا دفع إلى أجنبي، فقد صار تاركًا للحفظ الذي التزمه، مستحفظًا عليه غيره؛ فيكون ضامنًا، بخلاف من في عياله فإن المودع هو الحافظ له بيد من في عياله؛ لأن من في عياله في يده، فما في يد من في عياله كذلك، فأما إذا دفع إلى أجنبي لا يكون هو حافظًا له، بل الأجنبي هو الحافظ له، والمودع لم يرض بهذا فيكون ضامنًا.

وفي المادة (٨٥١) من تقنين الشريعة على مذهب أبي حنيفة أنه: « يضمن المودع عنده إن حفظ الوديعة بغير عياله ولم يأذن له المالك ».

وتتفق هذه المادة مع اتجاه القوانين العربية؛ فالمادة (٧٢١) مدني مصري تنص على أنه: « ليس للمودع عنده أن يحل غيره محله في حفظه الوديعة دون إذن صريح من المودع، إلا أن يكون مضطرًّا إلى ذلك بسبب ضرورة ملجئة عاجلة »، وهو ما ورد كذلك في المادة (٧١٧) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[3]، ونصها:

---

(١) المبسوط : ١١/ ١١٩ - ١٢٣.

(٢) يستفاد حكمها والفقرة بعدها من تنقيح الحامدية أوائل الوديعة ص : ٨١، ٨٢، وبدائع الصنائع : ٦/ ٣١٨ حيث جاء: « ولو أودعها عند من ليس له أن يودعه فضاعت في يد الثاني فالضمان على الأول، لا على الثاني عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد: المالك بالخيار إن شاء ضَمَّن الأول، وإن شاء ضَمَّن الثاني، فإن ضمن الأول لا يرجع بالضمان على الثاني، وإن ضمن الثاني يرجع به على الأول ». وانظر المادة (٧٩٠) من مجلة الأحكام العدلية.

(٣) المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة (٧١٧) ص : ٢٨٠.

« ليس للمودع عنده أن ينيب عنه غيره في حفظ الوديعة دون إذن صريح من المودع، إلا أن يكون مضطرًا إلى ذلك بسبب ضرورة ملجئة عاجلة ».

والمادة المذكورة تتفق مع المادة (٧٢٣) من التقنين الكويتي، ومع المادة (١/ ٨٧٤) من التقنين الأردني، والمادتين (٢/ ٩٥٢ و ١/ ٩٥) من التقنين العراقي.

وحكم المادة المقترحة يتفق مع أحكام الفقه الإسلامي، فقد نصت المادة (١٩١) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك على ما يأتي: « إذا قام المودع عنده بإيداع الوديعة عند غيره بدون إذن المودع، فتلفت أو ضاعت وهي بيد من أودعها عنده، فعليه ضمانها، إلا أن يكون الغير الذي أودعها عنده ابنًا له أو زوجة اعتاد الإيداع عندهما، أو يثبت بالبينة أنه أودعها عند غيره لضرورة طرأت له فلا يضمنها » الشرح الصغير وحاشيته : ٢/ ٢٢٢، الشرح الكبير وحاشيته : ٣/ ٣٨٠.

ونصت المادة (٨٦٧) من هذا المشروع على ما يأتي: « إذا نهى المودع عنده دفع الوديعة إلى عياله، فدفعها إليهم أو إلى أحدهم، وكان يمكن دفعها إلى غيرهم، ضمن »، وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة ما يأتي: « أما إذا نهى المودع عنده عن دفع الوديعة إلى عياله وكان لا يمكنه الاستغناء عنهم فدفعها إليهم، لا يضمن » مجمع الأنهر ودر المنتقى : ١/ ٣٤٣، وجاء في بداية المجتهد : ٢/ ٢٦٠ ما يأتي: ليس للمودع عنده أن يودع الوديعة غيره من غير عذر، فإن فعل ضمن، وقال أبو حنيفة: إن أودعها عند من تلزمه نفقته لم يضمن؛ لأنه شبهه بأهل بيته، وعند مالك: أن يستودع ما أودع عند عياله الذين يأمنهم، وهم تحت غلقه من زوج أو ولد أو أمة أو من أشبههم، وبالجملة فعند الجميع أنه يجب عليه أن يحفظها مما جرت به عادة الناس أن تحفظ أموالهم.

* * *

❁ (مادة ٨٠٥): ليس للمستودع أن يستعمل الوديعة وينتفع بها بدون إذن صاحبها[1]، وإن استعملها بلا إذنه وهلكت في حال استعمالها، فعليه ضمانها[2].

إذا تعدى المودع في الوديعة باستعمالها دون إذن المودَع، كما لو كانت دابة فركبها أو ثوبًا

---

(١) هذه المادة تتفق مع ما ورد في المادة (٧١٥) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٢) يستفاد حكمها من التنقيح أوائل الوديعة ص : ٨٢.

ليس للمستودع أن يستعمل الوديعة بدون إذن المودع صراحة أو ضمنًا، فإن أذن له جاز انتفاعه بها، ويطلب له الانتفاع بها؛ لأن التصرف في ملك الغير مقيد بإذنه، كما هو منصوص في القاعدة الفقهية، انظر النظام المصرفي الإسلامي ص : ٨٥.

فلبسه، فيضمن ما يتلف أو ينقص بالاستعمال؛ لأن إذن المالك في الحفظ، فإذا تعدى فقد خالف ولم يعد أمينًا، وتصير يده يد غاصب لا يبطل بالتعدي؛ بدلالة أن من وكَّل رجلًا ببيع عبده، فشجه الوكيل شجة أو ضربه ضربة ثم باعه صحَّ بيعه بالأمر المتقدم، وهذا إذا كان الركوب والاستخدام واللبس لم ينقصها، أما إذا نقصها ضمنها، وأما المستعير إذا تعدى ثم أزال التعدي لا يبرأ من الضمان إلا بالرد إلى المالك[1].

وإذا كان عند الرجل وديعة - دراهم أو دنانير، أو شيء من المكيل، أو الموزون - فأنفق طائفة منهما في حاجته كان ضامنًا لما أنفق منها - اعتبارًا للبعض بالكل - ولو لم يصر ضامنًا لما بقي منها؛ لأنه في الباقي حافظ للمالك، وبما أنفق لم يتعيب الباقي، فإن هذا مما لا يضره التبعيض، فهو كما لو أودعه وديعتين، فأنفق إحداهما لا يكون ضامنًا للأخرى، فإن جاء بمثل ما أنفق، فخلطه بالباقي صار ضامنًا لجميعها؛ لأن ما أنفق صار دينًا في ذمته، وهو لا ينفرد بقضاء الدين بغير محضر من صاحبه، فيكون فعله هذا خلطًا لما بقي بملك نفسه، وذلك موجب للضمان عليه، فإن كان حين أنفق بعضها وجاء بمثله فخلط بالباقي أفتي بأنه صار ضامنًا لها كلها، فباعها ثم جاء رب الوديعة فضَمَّنها إياه وفي الثمن فضل، قال: يطيب له حصة.

وفي المادة (٨٥٩) من تقنين الشريعة على مذهب أبي حنيفة أنه إذا أنفق المودع عنده بعض الوديعة، ورد مثله ثم خلطه بالباقي خلطًا يمنع التمييز ضمن الكل.

وتتفق هذه المادة مع اتجاهات القوانين العربية، ومع ما ورد في المادة (٧١٥) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[2]، ونصها:

١ - « على المودع عنده أن يتسلم الوديعة.

٢ - وليس له أن يستعملها دون أن يأذن له المودع في ذلك صراحة أو ضمنًا ».

وتتفق هذه المادة مع المادة (٧١٩) من القانون المدني المصري، والمادة (٧٢١) من التقنين الكويتي، والفقرة الثانية منها تتفق مع المادة (١/٩٥٦) من التقنين العراقي، والمادة (٨٧٥) من التقنين الأردني، ونصها: « لا يجوز للمودع لديه أن يستعمل الوديعة أو يرتب عليها حقًّا للغير بغير إذن المودع، فإن فعل فتلفت أو نقصت قيمتها كان ضامنًا »، وأحكام الفقه الإسلامي يتفق مع أحكام المادة المذكورة، فقد نصت المادة (١٨٨) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك على ما يأتي: « إذا انتفع المودع عنده بالوديعة بغير إذن

(١) الجوهرة النيرة : ١/ ٣٤٨.

(٢) المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة (٧١٥) ص : ٢٧٨.

المودع، أو سافر بها مع إمكان إيداعه لها عند أمين، فتلفت أو تعيبت أثناء الانتفاع أو السفر، فإنه يضمنها، فإن سافر بها لعدم وجود أمين يضعها عنده فتلفت أو ضاعت، أو ردها لمحل إيداعها سالمة بعد الانتفاع أو السفر بها فتلفت أو ضاعت بعد ذلك، فلا يضمنها ».

ونصت المادة (١٨٩) من هذا المشروع على ما يأتي: « إذا أتلف المودع عنده الوديعة أو اتَّجر بها بدون إذن من المودع، كان ضامنًا لها، ولا يبرأ ثمنها إلا برد مثلها لمحل إيداعها إن كانت مثليًّا، أو يرد قيمتها للمودع لا لمحل إيداعها إن كانت مقومًا، ويكون الربح له في حالة اتجاره بها » الشرح الصغير وحاشيته : ٢/ ٢٢٠، الشرح الكبير وحاشيته : ٣/ ٣٧٣ و ٣٧٨، القوانين الفقهية ص: ٣٥٩.

***

❁ (مادة ٨٠٦): ليس للمستودع أن يتصرف في العين المودعة عنده بإجارة أو إعارة أو رهن بلا إذن صاحبها، فإن فعل ذلك وهلكت في يد المستأجر أو المستعير أو المرتهن، فلمالكها الخيار في تضمين المستودع، أو في تضمين المستأجر أو المستعير أو المرتهن[1].

ترجع ملكية العين المودعة بعناصرها الثلاثة، وهي: الاستعمال، والتصرف، والاستغلال، للمودَع، فليس للمودع أن يتصرف في الوديعة تصرفًا يرتب حقًّا للغير دون إذن صاحبها؛ ولذا فليس للمودع أن يؤاجر الوديعة أويرهنها؛ لأن الوديعة لا تودع ولا تعار ولا تؤاجر ولا ترهن؛ فإن فعل شيئًا منها ضمن[2].

وإنما لم يكن للمودَع أن يؤجرها لآخر؛ لأن الإجارة عقد لازم، والإيداع عقد لازم، فإذا كان المستودع مالكًا الإجارة فإما أن يحصل لزوم ما لا يلزم، أي أن ذلك يوجب لزوم عقد الوديعة مع كونها غير لازمة، أو عدم لزوم، يعني أن تصير الإجارة غير لازمة مع أنها لازمة، بناء عليه فليس للمستودع أن يؤجر الوديعة بلا إذن لأجل منافع نفسه، وليس له أن يؤجرها لأجل المودع أيضًا، وليس له أن يعيرها؛ لأن المستودع غير مالك لمنافع الوديعة، وحيث إن الإعارة عبارة عن تمليك المنافع، فليس من الممكن أن يملك شخص شيئًا لا يملكه .

وليس له أن يرهنها عند آخر؛ لأن الرهن إيفاء حكمًا، وليس لشخص أن يفي دينه بمال الغير بلا أمر صاحبه، وعليه فكما أنه ليس للمستودع أن يرهن الوديعة بلا إذن لأجل دين

---

(١) يستفاد حكمها من الهندية أوائل كتاب الوديعة ص : ٣١٧، وقد جاء في الفتاوى الهندية : ٤/ ٣٣٨ أن: « الوديعة لا تودع ولا تعار ولا تؤجر ولا ترهن، وإن فعل شيئًا منها ضمن ».

(٢) مجمع الضمانات ص : ٦٨.

نفسه أو دين شخص أجنبي، فليس له أن يرهنها لأجل دين المودع أيضًا بلا إذن؛ لأن الرهن عقد لازم، والوديعة ليست عقدًا لازمًا .

فإذا استعملها بلا إذن أو آجرها أو أعارها أو رهنها وسلمها، وهلكت الوديعة أو ضاعت أو نقصت قيمتها أثناء الاستعمال بيد المستودع أو بيد المستأجر أو المستعير أو المرتهن - ولو بلا تعدٍّ ولا تقصير - لزم الضمان على المستودع؛ لأن هذه الأعمال نظرًا لكونها تصرفًا في ملك الغير بلا إذن موجبة للضمان[1].

وقد تقدم في شرح المادة السابقة منع القوانين المدنية العربية من تصرف المودَع في الوديعة تصرفًا يرتب حقًّا للغير.

***

(مادة ٨٠٧): يجوز للمستودع السفر بالوديعة برًّا، وإن كان لها حمل، ما لم ينهه صاحبها عن السفر بها، أو يُعَيِّن مكان حفظها نصًّا أو يكن الطريق مخوفًا[2].

للمودع أن يسافر بالوديعة، ولو كان لها حمل ومؤنة عند أبي حنيفة إذا كان الطريق آمنًا، وقال: ليس له ذلك إذا كان لها حمل ومؤنة، إلا إذا كان الاستحفاظ بأجر، فليس له أن يسافر بها؛ لأنه عقد معاوضة فيقتضي التسليم في مكان العقد، فيتعين للحفظ، من الهداية، وفي المختار: وليس له أن يسافر بها في البحر وفاقًا[3].

وإذا لم يجد بدًّا من الانتقال من بلد إلى بلد، فلا ضمان عليه إذا هلكت، وهذا بناءً على أن للمودع أن يسافر بالوديعة عند إطلاق العقد، وعند الشافعي: ليس له ذلك؛ لأن فيه تعريض المال للهلاك، وليس للمودع تعريض الوديعة للمتلف، وهذا بخلاف الأب والوصي والمضارب، فإنهم يسافرون للتجارة وطلب الربح، ألا ترى أن لهم أن يسافروا بالمال من طريق البحر.

وليس للمودع حق التصرف والاسترباح في الوديعة، ولهذا لا يسافر من طريق البحر، يوضحه أن مقصود المودع أن يكون ماله في المصر محفوظًا، يتمكن منه متى شاء، ويفوت

---

(١) المادة (٧٩٢) من مجلة الأحكام العدلية.

(٢) يستفاد حكمها من الدر وتكملة رد المحتار من أوسط الوديعة : ٥/ ٦٧١، وكذلك المادة بعدها يستفاد حكمها من الصفحات المذكورة؛ حيث جاء: « والمودع له السفر بها، ولو لها حمل، عند عدم نهي المالك، وعدم الخوف عليها بالإخراج ».

(٣) مجمع الضمانات ص : ٦٨.

عليه هذا المقصود إذا سافر المودع به، وحجتنا في ذلك: أن الأمر مطلق، فلا يتقيد بمكان دون مكان، كما لا يتقيد بزمان؛ وهذا لأن من يراعى أمره في شيء يراعى إطلاق أمره، كأوامر الشرع، والأمكنة كلها في صفة الأمر سواء، إنما الخوف من الناس، دون المكان، فإذا كان الطريق آمنًا، كان الحفظ فيه كالحفظ في جوف المصر.

ولا يجوز أن يتقيد مطلق أمره بالعرف والمقصود؛ لأن النص مقدم على ذلك، والمقصود مشترك، فقد يكون قصده أن يحمل المال إليه، خصوصًا إذا سافر إلى البلد الذي فيه صاحب المال، ولأن المودع لا يتعذر عليه الخروج للسفر في حاجته بسبب قبول الوديعة، وإذا خرج، فإما أن يدفع الوديعة إلى غيره فيكون تاركًا للنص؛ لأنه أمره أن يحفظ بنفسه، وإما أن يحمل مع نفسه؛ فيكون مخالفًا لمقصوده، ولا شك أن مراعاة النص أولى من مراعاة المقصود؛ ولهذا قال أبو حنيفة: ما له حمل ومؤنة، وما لا حمل له ولا مؤنة في ذلك سواء بعدت المسافة أو قربت؛ لمراعاة النص، وهو القياس.

واستحسن أبو يوسف – رحمه اللَّه – فقال: إذا كان له حمل ومؤنة، فليس له أن يسافر به؛ لأنه يلزم صاحبها مؤنة الرد، ولا ولاية له عليه في إلزام المؤنة إياه، واستحسن محمد – رحمه اللَّه – فقال: إذا قربت المسافة فله أن يسافر بها، وإذا بعدت المسافة فليس له ذلك؛ لأنه يعظم الضرر والمؤنة على صاحبها عند بعد المسافة، إذا أراد ردها[1]، وفي المادة (٨٦٣) من تقنين الشريعة على مذهب أبي حنيفة أن للمودع عنده السفر بالوديعة عند عدم نهي المالك، وعدم الخوف عليها بالإخراج.

***

❁ (مادة ٨٠٨): إذا نهى صاحب الوديعة المستودع عن السفر بها، أو عَيَّنَ له مكان حفظها فخالف؛ أو لم ينهه؛ وكان الطريق مخوفًا؛ وسار بها سفرًا له منه بد فهلكت، فعليه الضمان.

وإن كان السفر ضروريًّا لا بد منه، وسافر بالوديعة بنفسه دون عياله إن كان له عيال فعليه ضمان هلاكها، وإن سافر بها بنفسه وعياله، أو بنفسه وليس له عيال وهلكت، فلا ضمان عليه.

إذا لم يعين صاحب الوديعة مكان الحفظ، أو لم ينه عن الإخراج نصًّا، بل أمره بالحفظ مطلقًا فسافر بها، فإن كان الطريق مخوفًا فهلكت ضمن بالإجماع، وإن كان آمنًا ولا حمل لها ولا مؤنة لا يضمن بالإجماع، وإن كان لها حمل ومؤنة، فإن كان المودع مضطرًّا في المسافرة بها لا يضمن بالإجماع، وإن كان له بد من المسافرة بها فلا ضمان عليه، قربت المسافة فيه

(١) المبسوط: ١١/ ١٢٢.

أو بعدت، وعلى قول أبي يوسف: وإن بعدت يضمن، وإن قربت لا، هذا هو المختار.

وهذا كله إن لم ينه عنها ولم يعين مكان الحفظ نصًّا، وإن نهاه نصًّا وعَيَّن مكانه فسافر بها، وله منه بدٌّ ضمن، وإن حفظ الوديعة في المصر الذي أمر بالحفظ فيها مع السفر، بأن يترك عبدًا له في المصر المأمور به، أو بعضًا من عياله، فإذا سافر بها والحالة هذه ضمن، وإن لم يمكنه ذلك بأن لم يكن له عيال، أو كان إلا أنه احتاج إلى نقل العيال فسافر، فلا ضمان»[١].

***

(مادة ٨٠٩): إذا خلط المستودع الوديعة بماله أو بمال غيره بلا إذن صاحبها، بحيث يتعسر تمييز المالين عن بعضهما، فعليه ضمانها، سواء كان المال الذي خلطه بها من جنسها أو من غيره[٢]، وإن خلطها غيره خلطًا يتعسر معه تمييزها، فضمانه على الخالط ولو كان صغيرًا، وأبو الصغير لا يضمن من ماله[٣].

إذا خلط المودع الوديعة بماله حتى لا يتميز ضمنها، ثم لا سبيل للمودع عليها عند أبي حنيفة وقال: إذا خلطها بجنسها شركه إن شاء، مثل أن يخلط الدراهم البيض بالبيض، والسود بالسود، والحنطة بالحنطة، والشعير بالشعير، وخلط الخل بالزيت، وخلط كل مائع بغير جنسه يوجب انقطاع حق المالك إلى الضمان بالإجماع؛ لأنه استهلاك صورة ومعنى؛ لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس، ومن هذا القبيل خلط الحنطة بالشعير في الصحيح.

ولو خلط المائع بجنسه فعند أبي حنيفة ينقطع حق المالك إلى الضمان، وعند أبي يوسف يجعل الأقل تابعًا للأكثر، اعتبارًا للغالب أجزاءً، وعند محمد شركة بكل حال؛ لأن الجنس لا يغلب الجنس عنده، ونظيره خلط الدراهم بمثلها إذابة؛ لأنه يصير مائعًا بالإذابة، وإذا اختلطت بماله من غير فعله فهو شريك لصاحبها، كما إذا انشق الكيسان فاختلطا وهذا بالاتفاق، قال قاضي خان: إذا انشق كيس الوديعة في صندوق المودع فاختلطت الوديعة بدراهمه لا يضمن المودع، ويكون المختلط مشتركًا بينهما بقدر ملكهما، فإن هلك بعد ذلك بعضها هلك من مالهما جميعًا، ويقسم الباقي بينهما على ما كان.

---

(١) الفتاوى الهندية: ٤/ ٣٤١، ٣٤٢.

(٢) جاء في الدر المختار ٥/ ٦٦٨، ٦٦٩: «وكذا لو خلطها المودع بجنسها أو بغيره، بماله أو مال آخر بغير إذن المالك، بحيث لا تتميز إلا بكلفة، كحنطة بشعير ودراهم جياد بزيوف ضمنها؛ لاستهلاكه بالخلط، لكن لا يباح تناولها قبل أداء الضمان، وصح الإبراء، ولو خلطه برديء، ضمنه؛ لأنه عيبه»، وانظر (المادة ٧٨٨) من مجلة الأحكام العدلية.

(٣) تستفاد حكمها والتي بعدها من الدر ورد المحتار من أوسط الوديعة ص: ٤٩٧، و ٤٩٨، وكذلك من الدر وتكملة رد المحتار من أوسط الوديعة: ٥/ ٦٦٩ حيث جاء: «ولو خلطها غير المودع ضمن الخالط ولو صغيرًا، ولا يضمن أبوه».

وإن فعل ذلك أجنبي أو أحد ممن في عيال المودع لا يضمن المودع، ويضمن الذي خلط، ويستوي فيه الصغير والكبير، ولا يضمن أبوه لأجله، كذا الوديعة إذا كانت دراهم أو دنانير أو شيئًا مما يكال أو يوزن، فأنفق المودع طائفة منها ضمن ما أنفق، ولا يضمن الباقي إن هلك، فإن جاء المودع بمثل ما أنفق فخلطه بالباقي كان ضامنًا للكل؛ لأن ما جاء به ماله فصار خالطًا ماله الوديعة، قال في الفصولين: هذا إذا لم يتميز ما خلط، أما لو تميز بعلامة، أو شده بخرقة لم يضمن إلا ما أنفق.

وقد جاء في المادة (٨٥٨) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان أنه:

١ - « يضمن المودع عنده الوديعة إذا خلط بماله أو بمال غيره، بغير إذن مالكها بحيث لا تتميز.

٢ - وإذا خلط المودع عنده الوديعة بماله بإذن مالكها بحيث لا تتميز اشتركا ».

* * *

❁ (مادة ٨١٠): إذا خلط المستودع الوديعة بماله بإذن صاحبها، أو اختلطت بلا صنعه، بحيث يتعسر تفريق المالين عن بعضهما، يصير المستودع شريكًا لمالك الوديعة شركة ملك، وإن هلك المال بلا تقصير فلا ضمان على الوديع الشريك[1].

اذا خلط المستودع الوديعة بإذن صاحبها بمال آخر بصورة لا يمكن تفريقهما معها، أو اختلط المالان بدون صنع المستودع، بحيث لا يمكن تفريقهما بدون جهد وتكلفة كانا شريكين، وكذا إذا انخرق الكيس الموجود وديعة داخل صندوق، واختلطت دنانير الذهب العثماني التي فيه مع دنانير ذهب عثماني أخرى بعين الوزن وعين المقدار، يعني لو اختلطت مثلًا عشر قطع دنانير ذهب عثماني كل قطعة بمائة قرش مع خمس قطع دنانير عثماني ذهب كل قطعة بمائة قرش أيضًا، وكان تفريقها ممكنًا من بعضها، فلا يلزم الضمان، ويصير المستودع وصاحب الوديعة شريكين في مجموعها، أي في المخلوط بشركة الملك شركة اختيارية بصورة الخلط، وجبرية بتقدير الاختلاط، لا يلزم الضمان على تقدير هلاك الوديعة بلا تعدٍّ ولا تقصير، فعدم لزوم الضمان بالاختلاط بموجب هذه المادة يكون معلومًا بالأولوية، ويثبت عدم لزوم الضمان أيضًا عند الخلط بلا صنع؛ حيث إنه ليس للمستودع

---

(١) جاء في الدر المختار ٥/ ٦٦٩: « وإن بإذنه اشتركا شركة أملاك، كما لو اختلطت بغير صنعه، كأن انشق الكيس لعدم التعدي »، وانظر المادة (٧٨٩) من مجلة الأحكام العدلية.

صنع وتعد في الاختلاط، مثلًا: لو كانت الدنانير المودعة عشرة والأخرى خمسة، واختلطا ببعضهما تكون الخمسة عشر دينارًا مشتركة أثلاثًا: ثلثان لصاحب الوديعة وثلث للآخر، وإذا هلك أو ضاع بعض الدنانير المختلطة، والحالة هذه بلا تعدٍّ ولا تقصير، لا يلزم ضمان بعض الوديعة أو كلها على المستودع[1].

***

(مادة ٨١١): إذا كان صاحب الوديعة غائبًا غيبة منقطعة، وفرض الحاكم عليه نفقة لزوجته ولمن تلزمه نفقتهم من قرابة الولاد، ودفعها المستودع إليهم بأمر الحاكم من النقود المودعة عنده، فلا يلزمه ضمانها، فإن دفعها بلا إذن الحاكم فعليه الضمان[2].

إذا كانت الوديعة إبلًا أو بقرًا أو غنمًا، وصاحبها غائب، فإن أنفق عليها المستودع من ماله بغير أمر القاضي فهو متطوع؛ لأنه متبرع بالإنفاق على ملك الغير بغير أمره، وإن رفعها إلى القاضي يسأله البينة؛ لأنه يدعي ثبوت ولاية الأمر بالإنفاق للقاضي فيه؛ فلا يصدقه إلا ببينة، فإن أقام البينة أنها وديعة عنده لفلان، أمره أن ينفق عليها من ماله على قدر ما يرى القاضي؛ لأنه مأمور بالنظر، والحيوان لا يبقى بدون النفقة، والمودع لا ينفق بغير أمره؛ لأنه لا يرضى بالتبرع به، فيأمره بذلك، نظرًا منه للغائب، ويكون ذلك دينًا على رب الوديعة؛ لأن أمر القاضي - في حال قيام ولايته - كأمره بنفسه، ولو أمره بأن ينفق كان ما ينفقه دينًا له على المالك، فكذا إذا أمره القاضي به، فإذا جاء أجبره على رد نفقته عليه، وإن رأى القاضي أن يأمره ببيعها فعل ذلك، وإذا باعها جاز بيعه؛ لأن في الأمر بالإنفاق تلف بعض المالية على المالك، وفي البيع يتوفر عليه حفظ جميع، المالية فلهذا نفذ بيعه بأمر القاضي.

وإن لم يكن رفعها إلى القاضي، واجتمع عنده من ألبانها شيء كثير يخاف فساده، أو كان ذلك ثمرة أرض، فباع بغير أمر القاضي، فهو ضامن لها إن كان في مصر يتمكن من استطلاع رأي القاضي، وإن باعها بأمر القاضي لم يضمن؛ لأن القاضي نائب الغائب فيما يرجع إلى النظر له، ولو تمكن من استطلاع رأي المالك فباعه بغير أمره لم ينفذ بيعه، وكان ضامنًا، فكذلك إذا تمكن من استطلاع رأي القاضي فلم يفعل، فأما إذا كان في موضع لا يتوصل إلى القاضي قبل أن يفسد ذلك الشيء لم يضمن؛ لأن بيعه الآن من الحفظ، وليس في وسعه إلا ما أتى به .

---

(١) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام المادة (٧٨٩).

(٢) يستفاد حكم فقرتيها من الدر ورد المحتار من أوسط باب النفقة : ٣/ ٦٠٤ حيث جاء أنه: « سواء كانت الغيبة مدة سفر أو لا، حتى لو ذهب إلى القرية وتركها في البلد، فللقاضي أن يفرض لها النفقة، وللقاضي ولاية الإلزام، فإذا فرض النفقة في ذلك المال صار المودع مأمورًا بالدفع منه إلى المفروض له ».

وحكي أن أصحاب محمد - رحمهم اللّٰه - مات رفيق لهم في طريق الحج، فباعوا متاعه، وجهزوه به، ثم رجعوا إلى محمد فسألوا عن ذلك فقال: لو لم تفعلوا لم تكونوا فقهاء ﴿ وَٱللَّهُ يَعْلَمُ ٱلْمُفْسِدَ مِنَ ٱلْمُصْلِحِ ﴾ [البقرة: ٢٢٠]، وإن حمل عليها المستودع فنتجت، ولم يكن صاحبها أمر بذلك فأولادها لصاحبها؛ لأن الولد خير متولد من الأصل، يملك بملك الأصل، وإن هلكت الأمهات بذلك، فالمستودع ضامن لها؛ لأنه مخالف حين أتى بغير ما أمر به، فيضمن ما هلك بسببه[1].

وقد عبَّرت المادة (٨٧٧) مدني أردني وما يقابلها عن الاتفاق مع معنى هذه المادة، ونص ذلك: « على المودَع لديه رد منافع الوديعة وثمارها إلى المودِع ».

***

(مادة ٨١٢): إذا كان صاحب الوديعة غائبًا غيبة منقطعة، فعلى الوديع حفظها إلى أن يعلم موته أو حياته، وإن كانت الوديعة مما يتلف بالمكث، فللمستودع بيعها بأمر الحاكم، وحفظ ثمنها عنده أمانة[2].

على المودَع حفظ الوديعة بكل ما يتيسر به هذا الحفظ، بمقتضى ما هو مقصود هذا العقد؛ ولذا فإنه إذا غاب صاحب الوديعة، ولم تعلم حياته ومماته، يحفظها المستودع إلى أن تتبين وفاته، وإن كانت الوديعة من الأشياء التي تفسد بالمكث فله أن يبيعها بإذن الحاكم ويحفظ ثمنها أمانة عنده، وأما إذا لم يبعها وفسدت بالمكث فلا يلزم الضمان.

إذا صار مفقودًا يحفظ المستودع الوديعة إلى أن تتبين وفاته وتتحقق وراثته، أنه ليس للمستودع بناء على فقد صاحب الوديعة وغيبوبته أن يتصدق بها على أحد، أو يعطيها لورثته، أو يصرفها ويستهلكها على أموره، أو أن يردها إلى بيت المال، فليس لمأمور بيت المال أيضًا أن يطلبها من المستودع؛ لأن يد المستودع قائمة مقام يد المفقود.

وكما أنه ليس لأمين بيت المال أن يأخذ المال الموجود بيد المفقود بالذات، فليس له أن يأخذ المال الذي بيد المستودع أيضًا، غير أنه إذا كانت الوديعة من الأشياء التي تفسد بالمكث، بأن كانت صوفًا مثلًا، فله أن يبيعها بإذن الحاكم، ويحفظ ثمنها أمانة عنده مثل أصلها، ولكن إذا لم يكن في البلدة حاكم يبيعها الوديع بالذات ويحفظ ثمنها، ما دامت

(١) المبسوط : ١١/ ١٢٧.

(٢) يستفاد حكمها من رد المحتار أواخر الوديعة : ٥/ ٦٧٥ حيث جاء: « خيف على الوديعة الفساد رفع الأمر للحاكم ليبيعه »، وانظر حاشية الطحطاوي : ٣/ ٣٨٣.

مراجعة الحاكم ممكنة، فإذا باعها المستودع بدون المراجعة يكون بيعًا فضوليًا، وتجري فيه أحكام البيع الفضولي، وأما إذا لم يبعها وفسدت بالمكث فلا يلزم الضمان؛ لأن المستودع حفظ الوديعة على الوجه الذي أمر به؛ حيث إن عدم بيعه إياها امتناع عن عمل الخير أكثر مما هو مأمور به، ففساد الوديعة على هذه الصورة لا يعد تقصيرًا أيضًا.

مثلًا: لو كانت الوديعة من الصوف أو شيئًا يفسده العث، ولم يبعها المستودع، ولم يعرضها إلى الشمس والهواء في الصيف، وأفسدها العث فهلكت لا يلزم الضمان، ذكر في كتب الشافعية: أن عرض وديعة كهذه إلى الشمس والهواء والارتداء بها إن كانت من الأشياء التي يفسدها العث لازم، كما أن لبس الثياب وإلباسها غيره لازم، أحيانًا، لا سيما إذا كانت من الحرير، واقتضى ذلك لأجل محافظتها من آفات مثل هذه، وأنه إذا ترك المستودع هذا اللازم وفسدت الثياب يكون ضامنًا، إنما إذا كان المودع نهى المستودع عن هذه الأشياء، فلا يلزم المستودع الضمان[١].

***

(مادة ٨١٣): الوديعة التي تحتاج إلى نفقة ومؤنة، تكون مصاريف مؤنتها على صاحبها[٢]، فإن كان صاحبها غائبًا، وكانت مما يستأجر فله أن يؤجرها بأمر الحاكم، وينفق عليها من أجرتها، فإن كانت مما لا يستأجر يأمره الحاكم بالإنفاق عليها من ماله إلى ثلاثة أيام لا أكثر؛ رجاء أن يحضر المالك، وله أن يأمره ببيعها من أول وهلة وحفظ ثمنها عنده[٣].

تعود نفقة الوديعة التي تحتاج إلى نفقة كالفرس والبقرة على صاحبها، أي على المودِع؛ لأن نفقة الملك على صاحبه، وعلى هذا التقدير إذا هلكت الوديعة لعدم إنفاق المستودع من ماله، أو لعدم ترك المودع نفقتها للمستودع لا يلزم ضمان على المستودع، وورد في كتب الشافعية: أن المستودع يراجع المودع أو وكيله لأجل النفقة، ويطلب إعطاءها أو استرداد الحيوان المودع.

---

(١) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام المادة (٧٨٥).

(٢) هذه المادة تتفق مع المادة (٧٢١) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٣) يستفاد حكمها والمادة التي بعدها من رد المحتار أواخر الإيداع : ٥/ ٦٧٦ حيث جاء: « غاب رب الوديعة ولا يدري أهو حي أم ميت، يمسكها حتى يعلم موته، ولا يتصدق بها بخلاف اللقطة، وإن أنفق عليها بلا أمر القاضي فهو متطوع، ويسأله القاضي البينة على كونها وديعة عنده، وعلى كون المالك غائبًا، فإن برهن، فلو مما يؤجر وينفق عليها من غلتها أمره به، أو لا يأمره بالإنفاق يومًا أو يومين أو ثلاثة؛ رجاء أن يحضر المالك لا أكثر، بل يأمره بالبيع وإمساك الثمن »، وانظر المادة (٧٨٦) من مجلة الأحكام العدلية.

وأما إذا كان المودع ترك النفقة، ولم ينفق المستودع، ولم يسلم الوديعة إلى المودع مع فسخ عقد الوديعة، وهلكت بيده يضمن، ولو كانت الوديعة إيجارها ممكنًا فيؤجرها المستودع برأي الحاكم، وينفق من أجرتها، ويحفظ الفضل للمودع، وإذا كان إيجار الوديعة غير ممكن يبيعها بإذن الحاكم في الحال، يعني بدون أن ينفق ثلاثة أيام، أو بعد أن ينفق من ماله يومًا أو يومين أو ثلاثة أيام بالأكثر، على أمل أن يحضر المالك، بثمن مثلها، وعندما يحضر صاحبها يطلب منه مصرف الثلاثة أيام الإنفاق، لحد ثلاثة أيام هو على أمل أن يحضر المالك، ولا يؤمر بالإنفاق أكثر من ثلاثة أيام، وإذا صرف أكثر فليس له أن يطلب ويأخذ الزيادة من المودع، غير أنه إذا كانت الوديعة حيوانًا لا يجب أن يتجاوز هذا المصرف قيمة الحيوان، فإن تجاوزها فللمستودع أن يطلب قيمتها فقط، وليس له أن يطلب أكثر منها.

وذكر في كتب الشافعية أنه إذا أمر المودع المستودع قبل الغيبة بعدم الإنفاق على الحيوان، فلم ينفق وهلك الحيوان لا يلزم الضمان، ولكنه يكون المستودع اختار الحرمة لسبب حرمة ذي الروح، ولربما كانت هذه المسألة غير مخالفة للمذهب الحنفي[1].

وتتفق هذه المادة مع اتجاهات القوانين المدنية العربية التي عبَّرت عنها المادة (٧٢٥) مدني مصري، والمادة (٧٢١) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، ونصها:

« على المودع أن يرد إلى المودَع عنده ما أنفقه في حفظ الوديعة، وعليه أن يعوضه عن كل ما لحقه من ضرر بسبب الوديعة »[2].

وتقابل هاتان المادتان المواد (٧٢٧) كويتي، (٩٦٦، ٩٦٧) عراقي، (٨٨٤) مدني أردني، ونصها:

١ - « على المودِع أن يؤدي إلى المودع لديه ما أنفقه في حفظ الوديعة، بشرط ألا يتجاوز قيمتها ما أنفقه.

---

(١) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام المادة (٧٨٦).

(٢) وما تقضي به هذه المواد من إلزام المودع بنفقات حفظ الوديعة يتفق مع أحكام الفقه الإسلامي.

فقد نصت (المادة ١٩٩) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك على أن « للمودع عنده أن يطالب بما أنفقه في وسائل حفظ الوديعة وصيانتها (الشرح الصغير وحاشيته : ٢/ ٢٢٥، القوانين الفقهية ص : ٣٥٩).

كذلك يقر الفقه الإسلامي إلزام المودع بأن يعوض المودع عنده عما لحقه من الضرر بسبب الوديعة. كأن يكون في الشيء المودع عيب خفي، كمرض معد في الحيوان انتقل بالعدوى إلى حيوانات المودع عنده، حيث يجب على المودع أن يخطر به المودع عنده حتى يتخذ ما يلزم لمنع العدوى، وإلا كان مسؤولًا عن تعويض المودع عنده. وذلك طبقًا للقواعد العامة في الضمان.

٢ - فإذا كان المودع غائبًا جاز للمودع لديه أن يرفع الأمر إلى المحكمة؛ لتأمر فيه بما تراه ».

***

(مادة ٨١٤): إذا أنفق المستودع على الوديعة بلا إذن الحاكم فهو متبرع[1]، لا رجوع له على صاحب الوديعة، وإن صرف عليها بإذن الحاكم كما سلف فله الرجوع بجميع ما أنفقه على صاحبها إذا حضر، بشرط أن لا يتجاوز ما صرفه قيمة العين التي صرف عليها إن كانت حيوانًا[2].

الأصل أن من أنفق ما وجب على غيره دون أن يشترط الرجوع، عالمًا أنه غير ملزم بما دفعه، كان متبرعًا، ولا رجوع له على من استفاء بهذا الإنفاق؛ ولذا فإنه إذا صرف المستودع على الوديعة بدون إذن الحاكم في الثلاثة أيام المذكورة أو قبلها، فذلك تبرع، وليس له أن يأخذ هذا المصرف من المودع.

وهو ما جاء في المادة (٧٨٦) من تقنين الشريعة على مذهب أبي حنيفة، ونصها أنه: « يكون إنفاق المودع عنده على الوديعة تبرعًا، إن كان بغير أمر القاضي ».

ويبدو من النصوص القانونية المذكورة في شرح المادة السابقة أن القوانين المدنية العربية لا تشترط سبق الحصول على إذن من المحكمة لرجوع المودع لديه بما أنفقه على الوديعة، فإن على المودِع طبقًا لهذه النصوص أن يرد إلى المودَع لديه ما أنفقه من مصروفات، وما لحقه من ضرر بسبب الوديعة، وهو الذي يتفق مع افتراض أمانة المودَع لديه، وهو الافتراض الذي قبله المودِع بتسليمه الوديعة، غير أن المادة (٨٨٥) مدني تطبق الأصل الذي أخذ به الفقه الإسلامي، وتفترض التبرع في إنفاق المودَع، دون إذن المودع أو القاضي في غير حالات الضرورة، ونص هذه المادة:

١ - « إذا أنفق المودَع لديه على الوديعة، بغير إذن المودع أو المحكمة كان متبرعًا.

٢ - إلا أنه يجوز للمودع لديه في الحالات الضرورية أو المستعجلة أن ينفق على الوديعة بالقدر المتعارف، ويرجع بما أنفقه من ماله على المودع ».

***

---

(١) جاء في الدر المختار ٥/ ٦٧٥ : « ولو أنفق عليها بلا أمر قاضٍ فهو متبرع ».

(٢) جاء في رد المحتار ٥/ ٦٧٦ : « وإن أمره بالبيع ابتداء فلصاحبها الرجوع عليه به إذا حضر، لكن في الدابة يرجع بقدر القيمة لا بالزيادة، وفي العبد بالزيادة على القيمة بالغة ما بلغت ».

(مادة ٨١٥): يجوز لكل من المودع والوديع أن يفسخ عقد الإيداع في أي وقت شاء، ويلزم المستودع أن يرد الوديعة إلى صاحبها[١].

الإيداع ليس عقدًا لازمًا بحق أحد من الطرفين؛ ولهذا فإن للمودع أن يسترد وديعته متى شاء؛ لأنه صاحب المال، وللمودع لديه أيضًا أن يرد الوديعة متى أراد؛ لأنه متبرع بخصوص حفظ الوديعة، فبناءً عليه لكل من المودع والمستودع صلاحية فسخ الإيداع متى أراد، سواء أكان عقد الإيداع موقتًا لسنة واحدة مثلًا أم لم يكن، فللمودع فسخ الإيداع وحده بالاستقلال؛ فلذلك متى طلب المودع وديعته يقدمها له؛ لأن هذا الطلب يتضمن فسخ عقد الإيداع، فإذا امتنع المستودع عن إعادتها، ثم هلكت الوديعة لزم ضمانها عليه، ولو كان هلاكها بلا تعدٍّ ولا تقصير.

وعندما تطلب الوديعة من المستودع ليس له أن يمتنع عن تسليمها في الحال قائلًا: « حينما سلمتني كان ذلك بحضور شاهدين، وأنا أيضًا أسلمك بحضور شاهدين »؛ لأن المستودع مصدق باليمين وغير محتاج لإثبات الرد بالشهود، وعليه فلا حق له بالتأخير بحجة الإشهاد، إنما عقد الإيداع يكون لازمًا في مسألة واحدة، وهي: إذا كان الحفظ في مقابلة أجرة، فحيث إن عقد الوديعة هنا عقد حفظ والمستودع فيه أجير مشترك، فيصير العقد المذكور عقد إجارة، وليس لأحد الطرفين أن يفسخه قبل تمام المدة[٢].

وتتفق هذه المادة مع ما ورد في المادتين (٧٢٢، ٧٢٣) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

فالمادة (٧٢٢) تنص على أنه: « ينتهي عقد الوديعة بانقضاء الأجل المتفق عليه صراحة أو ضمنًا، فإذا لم يتفق على أجل كان لكل من الطرفين إنهاء العقد في أي وقت ».

أما المادة (٧٢٣) فتنص على أنه: « يجوز للمودِع أن يطلب رد الوديعة في أي وقت قبل حلول الأجل، وفي هذه الحالة إذا كانت الوديعة بأجر فإنه يجب على المودع أن يدفع الأجر عما بقي من المدة ».

وهو ما عبرت عنه المواد (٧٢٨، ٧٢٩) كويتي، (٦٦٩) عراقي، (٨٩٢) مدني أردني، وطبقًا لذلك فإنه إذا كان الأجل معينًا في عقد الوديعة، صراحة أو ضمنًا، انتهى العقد بحلوله، وإذا لم يكن معينًا، كان لكل من المودع والمودع عنده أن ينهي العقد في أي وقت، وكذلك

---

(١) يستفاد من رد المحتار أواخر الإيداع : ٥/ ٦٧١ حيث جاء فيه: « على المودع أن يرد الوديعة بانقضاء الأجل المتفق عليه صراحة أو ضمنًا، وللمودع أن يطالب بردها في أي وقت، ويلزم المودع بإجابته إلى طلبه ».

(٢) المادة (٧٧٤) من درر الحكام في شرح مجلة الأحكام.

فإنه يجوز للمودع أن ينهي عقد الوديعة في أي وقت قبل حلول الأجل؛ إذ الأصل في الأجل أنه معين لمصلحته، فيجوز له أن ينزل عن حقه فيطلب رد الوديعة قبل حلول الأجل، غير أنه إذا كانت الوديعة بأجر، فإنه يجب عليه أن يدفع الأجر المتفق عليه.

***

❁ **(مادة ٨١٦): إذا حصل تهديد أو وعيد للمستودع على دفع الوديعة، فإن خاف تلف نفسه أو عضو من أعضائه، أو ضياع ماله كله فدفع لا ضمان عليه، وإن فرط في الوديعة بدون عذر من هذه الأعذار فعليه ضمانها[١].**

تهديد المودع أو الوصي وإكراهه على دفع بعض المال، إن خاف تلف نفسه عضوه فدفع لم يضمن، وإن خاف الحبس أو القيد ضمن، وإن خشي أخذ ماله كله فهو عذر، كما لو كان الجائر هو الآخذ بنفسه فلا ضمان.

وجاء في مجمع الضمانات: رجل في يديه مال إنسان فقال له السلطان الجائر: إن لم تدفع إليَّ هذا المال حبستك شهرًا أو ضربتك ضربًا، لا يجوز له أن يدفع المال إليه، فإن دفع كان ضامنًا، وإن قال له: إن لم تدفع إليَّ المال أقطع يدك أو أضربك خمسين سوطًا، فدفع إليه لا يكون ضامنًا؛ لأن مال الغير لا يجوز دفعه للجائر إلا أن يخاف تلف عضو، والضرب المتوالي يخاف منه التلف، ولو طلب من الوصي بعض مال اليتيم وهدده، فلو خاف على نفسه القتل، أو تلف عضو فدفع لم يضمن، ولو خاف الحبس أو القيد أو أن يأخذ ماله ويبقي قدر الكفاية فدفع ضمن، ولو خشي أخذ ماله كله لم يضمن إن دفع، وهذا كله إذا كان الوصي هو الذي دفع، وإن كان الجائر هو الذي أخذ فلا ضمان على الوصي[٢].

وفي المادة (٨٧٢) من تقنين الشريعة على مذهب أبي حنيفة أنه: « لا يضمن المودع عنده ما دفعه من مال الوديعة أو بعضها إن هدده شخص بإتلاف نفسه أو عضوه، وخاف تحققه، ويضمن فيما عدا ذلك ».

***

❁ **(مادة ٨١٧): إذا طلب صاحب الوديعة وديعته فعلى المستودع تسليمها إليه، فإن منعها منه بلا حق، حال كونه قادرًا على تسليمها، فهلكت فعليه ضمانها[٣]، فإن كان عاجزًا عن**

---

(١) يستفاد حكمها من الدر أواخر الوديعة ص: ٥٠١.

(٢) مجمع الضمانات ص: ٨١.

(٣) يستفاد حكمها والفقرة بعدها من الدر أوائل الوديعة: ٥/ ٦٦٥، جاء في مجمع الضمانات لابن غانم البغدادي ١/ ٢٢٥: « لو طلب الوديعة صاحبها فحبسها عنه، وهو يقدر على تسليمها ضمنها ».

تسليمها فلا ضمان عليه بهلاكها.

تقدم أنه يجوز للمودِع أن يطلب رد الوديعة في أي وقت، ولو قبل حلول الأجل؛ إذ الأصل فى الأجل أنه معين لمصلحته، فيجوز له أن ينزل عن حقه، ويطلب رد الوديعة، ويلزم المودع لديه تسليمها، فإن طلب الوديعة ربها فحبسها المودع، والحال: هو قادر على تسليمها صار غاصبًا، فيضمن إن ضاعت؛ لوجود التعدي بمنعه؛ وهذا لأنه لما طلبه لم يكن راضيًا بإمساكه بعده فيضمنها بحبسه عنه، لكن لو طلب استردادها، ولم يقدر المودع لديه على تسليمها، فتركها فهلكت لم يضمن[1].

وفي العناية شرح الهداية: إذا طلب المودع الوديعة، وحبسها المودع وهو قادر على التسليم ضمن؛ لأنه متعد؛ إذ المتعدي هو الذي يفعل في الوديعة ما لا يرضى به المودع، فإذا طلبه لم يرض بعد ذلك بإمساكه وقد حبسه فصار ضامنًا[2].

وقد نصت المادة (٧٩٤) من مجلة الأحكام العدلية على أنه: « إذا طلب الوديعة صاحبها لزم ردها وتسليمها له، ومؤنة الرد والتسليم يعني كلفته تعود على المودع، وإذا طلبها المودع ولم يعطها المستودع، وهلكت الوديعة أو ضاعت يضمن، بيد أنه إذا لم يمكنه إعطاؤها لعذر، كوجودها في محل بعيد حين الطلب، وهلكت أو ضاعت لا يلزم الضمان والحالة هذه ».

وفي المادة (٨٥٤) من مشروع تقنين الشريعة على مذهب أبي حنيفة أنه: « إذا منع المودع عنده الوديعة ظلمًا بعد أن طلبها صاحبها بنفسه، وهو قادر على تسليمها ضمن »[3].

***

❁ (مادة ٨١٨): إذا مات المستودع[4]، ووجدت الوديعة عينًا في تركته، فهي أمانة في يد الوارث واجب عليه أداؤها لصاحبها[5]، فإن مات المستودع جاهلاً حال الوديعة، ولم توجد في تركته، ولم تعرفها الورثة تكون دينًا واجبًا أداؤه من تركته، ويشارك المودع سائر

---

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر : ٢/ ٣٤٠.

(٢) العناية شرح الهداية : ٨/ ٤٨٨.

(٣) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (٨٥٤) الطبعة التمهيدية القسم الثاني، مجمع البحوث الإسلامية.

(٤) هذه المادة تتفق مع المادة (٧٢٦) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٥) يستفاد حكمها والفقرة بعدها من الدر ورد المحتار من أوسط الإيداع : ٥/ ٦٦٥، ومن تنقيح الحامدية من أوائل الإيداع ص : ٨٣، وذلك لأن الوديعة أمانة في يد المودع، مما فرض عليه وجوب الحفظ والأداء عند الطلب، انظر أيضًا مجمع الضمانات بتحقيقنا : ١/ ٢٣٤.

غرماء الوديع فيها[١].

إذا مات المودع مجهلًا الوديعة ضمنها، ومعنى موته مجهلًا: أن لا يبين حال الوديعة، وكان يعلم أن وارثه لا يعلمها، أما إذا عرف الوارث الوديعة والمودع يعلم أنه يعلم، ومات ولم يبين فلا تجهيل ولم يضمن، فإن قال الوارث: أنا علمت الوديعة، وأنكر الطالب إن فسرها وقال: كنت كذا وكذا وأنا علمتها وهلكت صدق، كما إذا كانت الوديعة عنده فقال: هلكت، ومعنى ضمانها: صيرورتها دينًا في تركته، وكذا كل شيء أصله أمانة يصير دينًا في التركة بالموت عن تجهيل، إلا إذا كان المودع صبيًّا محجورًا فمات مجهلًا لما أودع عنده فإنه لا يضمن، وكذا إذا مات وارث المودَع مجهلًا لما أودع عند مورثه لا يضمن، وكذا إذا مات الإنسان مجهلًا لما ألقته الريح في بيته، وكذا إذا مات مجهلًا لما وضعه مالكه في بيته بغير علمه لا يضمن.

وقد نصت المادة (٨٠١) من مجلة الأحكام العدلية على أنه: « إذا توفي المستودع وكانت الوديعة موجودة عينًا في تركته، فبما أنها أمانة بيد وارثه أيضًا ترد إلى صاحبها، وأما إذا لم تكن موجودة فإن أقر الوارث بأن المستودع قال في حياته لفظًا: رددت الوديعة إلى صاحبها، أو ضاعت، أو أنكر وأثبت الوارث ذلك لا يلزم الضمان، وإذا قال الوارث: نحن نعرف الوديعة، ووصفها وفسرها وأفاد أنها ضاعت بلا تعد ولا تقصير بعد وفاة المستودع يصدق بيمينه، ولا يلزم الضمان، وإذا لم يبين المستودع حال الوديعة فيكون قد توفي مجهلًا فتستوفى من تركته مثل سائر ديونه »[٢].

ويضمن المودع عنده الوديعة إذا مات مجهلًا، ولم يبين الوديعة[٣].

وهذه المادة تتفق مع ما ورد في المادة (٧٢٦) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الأسلامية[٤]، ونصها:

---

(١) جاء في مجمع الضمانات ١/ ٢٣٢ : « إذا مات المودَع مجهلًا الوديعة، ضمنها، ومعنى موته مجهلًا: أن لا يبين حال الوديعة، وكان يعلم أن وارثه لا يعلمها، أما إذا عرف الوارث الوديعة، والمودع يعلم ومات ولم يُبَيِّن، فلا تجهيل، ولم يضمن ».

انظر الدر المختار : ٥/ ٦٦٦، والمادة (٨٥٦) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة، والمادة (٨٠١) من مجلة الأحكام العدلية.

(٢) المادة (٨٠١) من مجلة الأحكام العدلية.

(٣) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان (مادة ٨٥٦) الطبعة التمهيدية، القسم الثاني، مجمع البحوث الإسلامية.

(٤) المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة (٧٢٦) ص : ٢٨٤.

« ينتهي عقد الوديعة بموت المودع عنده، ويبقى في تركته ما نشأ عنها من التزامات ما لم يتفق على غير ذلك ».

والمادة المذكورة تتفق مع المادة (٧٣١) من التقنين الكويتي، والمادة (٩٧٠) من التقنين العراقي، والمادة (٨٨١) من التقنين الأردني، ونصها:

١ - « إذا مات المودع لديه، ووجدت الوديعة عينًا في تركته فهي أمانة في يد الوارث، وعليه ردها إلى صاحبها.

٢ - وإذا لم توجد عينًا فلا ضمان على التركة:

أ - إذا أثبت الوارث أن المودع لديه قد بيَّن حال الوديعة، كأن ردها، أو هلكت، أو ضاعت منه دون تعدٍّ أو تقصير.

ب - إذا عرفها الوارث ووصفها وأظهر أنها ضاعت، أو هلكت بعد وفاة المورث بدون تعدٍّ أو تقصير.

٣ - فإذا مات مجهلًا للوديعة ولم توجد في تركته فإنها تكون دينًا فيها، ويشارك صاحبها سائر الغرماء ».

***

(مادة ٨١٩): إذا مات المستودع فباع وارثه الوديعة، وسلمها للمشتري، فهلكت في يده، يخير صاحبها بين أن يضمن البائع أو المشتري قيمتها يوم البيع والتسليم إن كانت قيمية، أو مثلها إن كانت مثلية، سواء كان الوارث البائع يعلم أنها وديعة أو لا.

وإن كانت الوديعة قائمة في يد المشتري يخير صاحبها إن شاء أخذها ورد البيع، وإن شاء أجاز البيع وأخذ الثمن، إذا وجدت شروط الإجازة المذكورة في مادة (٣٠١) من الفصل الثاني فيما يجوز بيعه وما لا يجوز[1].

لا حق لأحد في التصرف في مال غيره بلا مسوغ شرعي، سواء كان عالمًا أو جاهلًا أنه مال غيره، ويضمن ضمان الغاصب إن هلكت في يد من انتقل إليه هذا المال، فيرد المثل إن كان مثليًّا أو القيمة إن كان قيميًّا، وينطبق هذا على الوديعة وغيرها، غير أن الاتجاه في القوانين العربية إلى التفريق في تصرف ورثة المودَع بين أحوال سوء النية وحسنها، فإذا كان حسن النية لم يلتزم إلا برد الثمن الذي قبضه، أو النزول للمودِع عن حقوقه قبل المشتري.

---

(١) يستفاد حكمها من تنقيح الحامدية من أواخر البيوع ص : ٢٩١، ٢٩٧.

وبهـذا ينـزل سقف الضمان عن القيمة أو المثل إلىَ ما استفاده من حقوق، وقد عبَّرت عن هذه الاتجاه القانوني المادة (٧١٩) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[١]، ونصها:

١ - « إذا بـاع وارث المودع عنده الـوديعة وهو حسن النية، فليس عليـه لمالكها إلا رد ما قبضه، من الثمن أو النزول له عن حقوق قبل المشتري.

٢ - وإذا كان تصرف الوارث تبرعًا، فإنه يلتزم بقيمة الوديعة وقت التبرع »[٢].

***

(مادة ٨٢٠): إذا مات صاحب الوديعة ترد وديعته إلى ورثته، ما لم تكن التركة مستغرقة بالدين، فإن كانت كذلك فلا تسلم للوارث إذا كان يخاف عليها منه، إلا بإذن الحاكم، وإن سلمت إليه بلا إذنه وهلكت أو ضاعت فعلى المستودع ضمانها[٣].

إذا مات المودع تسلم الوديعة لوارثه أو لوصي الوارث ووليه، ولا تسلم لغير الوارث أو لأحد الورثة إذا كانوا متعددين، ولو بأمر المودع؛ لأن الأمر يسقط بوفاة المودع، وإذا سلم المستودع الوديعة لغير الوارث يضمن، ولا تسلم الوديعة للوارث إذا كان للمتوفي المودع جملة ورثة، إلا إذا أجازوا التسليم، فإذا كانت الوديعة قابلة للقسمة يسلم كل وارث حصته، وإذا كانت لا تقبل القسمة تعطى لهم سوية، ولا تسلم الوديعة لأمين بيت المال إذا كان للمودع وارث ولو كان غائبًا، وإذا سلم المستودع الوديعة لأمين بيت المال ولم يجز الوارث، وتلفت الوديعة يضمنها المستودع.

---

(١) المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة (٧١٩) ص : ٢٨١، ٢٨٢.

(٢) هذه المادة تتفق مع المادة (٧٢٢) من مشروع القانون المدني المصري التي تنص على ما يأتي: « إذا باع وارث المودع عنده الشيء المودع وهو حسن النية، فليس عليه لمالكه إلا رد ما قبضه من الثمن، أو التنازل له عن حقوقه على المشتري، وأما إذا تصرف فيه تبرعًا، فإنه يلتزم بقيمته وقت التبرع ».

وتتفق مع المادة (٧٢٥) من التقنين الكويتي، و (المادة ٨٨٢) مدني أردني التي توجب ضمان المثل أو القيمة مطلقًا ولا تنزل بالضمان عن ذلك عند حسن النية، ونصها:

١ - « إذا مات المودع لديه فباع وارثه الوديعة، وسلمها للمشتري فهلكت، فصاحبها بالخيار بين تضمين البائع أو المشتري قيمتها يوم البيع إن كانت قيمية، أو مثلها إن كانت مثلية.

٢ - وإذا كانت الوديعة قائمة في يد المشتري يخير صاحبها إن شاء أخذها ورد البيع، وإن شاء أجاز البيع وأخذ الثمن ».

(٣) يستفاد حكمها من أواخر الإيداع من تكملة رد المحتار ص : ٣٤٥، عند قول الدر: « لا يبرأ مديون الميت بدفع الدين إلى الوارث ».

يستثنى من ذلك تسليم صك الدين للوارث، مثلًا: إذا أقرَّ رجل بدين لآخر بصك سلمه ذلك الآخر إلى مستودع، وتوفي بعد ذلك، فللمستودع حبس الصك عن الوارث إذا كان يعلم بأن المورث المودع كان قبض جانبًا من المبلغ المقر به؛ لأنه إذا سلمه يضر بالمدين، والضرر ممنوع. راجع المادة (١٧).

لكن إذا كانت التركة مستغرقة بالدين فيرفع الأمر إلى الحاكم، فإن سلمها المستودع إلى الوارث بدون إذن الحاكم فاستهلكها هو ضمن المستودع؛ لأن الدين مقدم على الإرث، فإذا أدى دين المورث لوارثه، وكانت التركة مستغرقة بالدين يضمن المديون ما أداه، وكذا ليس للمستودع تسليم الوديعة لبعض الدائنين إذا تعددوا، وإذا سلم ضمن حصة الباقين، إلا إذا كان الدائن أمينًا، فإنه يستلم الوديعة المستودع ويؤدي الدين، وللمستودع تسليم الوديعة لوصي الميت ولو التركة مستغرقة بالدين، وله تسليمها لأمين بيت المال بأمر الحاكم، إذا كان لا وارث معروف للمودع، وكان غير مدين، وإذا ظهر الوارث أَخَذَها من بيت المال، لا من المستودع، وكذا الحكم بتسليم الوديعة للوارث إذا كانت أموال المديون الباقية تكفي لأداء الدين، أما مستودع الغاصب فله إعادة الوديعة عينًا للغاصب، وإذا أعادها برئ من الضمان.

***

❁ (مادة ٨٢١): إذا استحقت الوديعة وضمنها المستودع فله الرجوع بما ضمنه على صاحبها[1].

دفع الوديعة إلى المودَع، ثم استحقت، لم يضمن المودَع أن يردها على من أخذها منه، ولو قال المودع: ادفعها إلى فلان فدفعها، ثم استحقت، فللمالك أن يُضَمِّن أي الثلاثة شاء من المودِع والمودَع والآخذ.

ذلك أن عقد الوديعة من عقود التبرعات، فلزم ألا تكون سببًا لغرامة المودَع لديه؛ ولهذا يرجع بما تحمله من نفقات ومصروفات على المودِع، كما أنه يستحق التعويض عن الأضرار التي تحدثها الوديعة، وهذا هو مضمون ما جاء في المادة (٧٢٥) مدني مصري، والمادة (٧٢١) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة، ونصها:

« على المودِع أن يرد إلى المودَع عنده ما أنفقه في حفظ الوديعة، وعليه أن يعوضه عن كل ما لحقه من خسارة (ضرر) بسبب الوديعة ».

ولهذا يلزم المودِع أن يعوض المودَع لديه لو كان في الوديعة عيب خفي، كمرض معدٍ في الحيوان انتقل بالعدوى إلى حيوانات المودَع لديه، حيث يجب على المودِع أن يخطر به

(١) يستفاد من أوائل الغصب والضمان من الأنقروية ص: ٣٤٦.

المودَع لديه حتى يتخذ ما يلزم لمنع العدوى، وإلا كان مسؤولًا عن التعويض.

وقد نصت المادة (٨٨٧) مدني أردني - بلغة ترادف لغة مادة المرشد - على أن استحقاق الوديعة لا يوجب الضمان على المودَع لديه، ولفظها: « إذا استحقت الوديعة وضمنها المودع لديه، حق له الرجوع بما ضمنه على المودَع ».

***

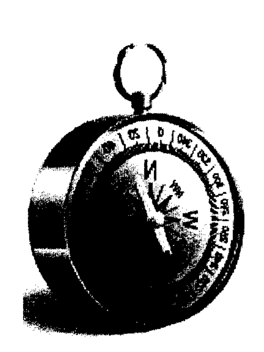
❁ (مادة ٨٢٢): في كل موضع لزم ضمان الوديعة تضمن بمثلها، إن كانت من المثليات ووجد مثلها في السوق، أو بقيمتها إن كانت من القيميات، أو من المثليات ولم يوجد مثلها في السوق[1].

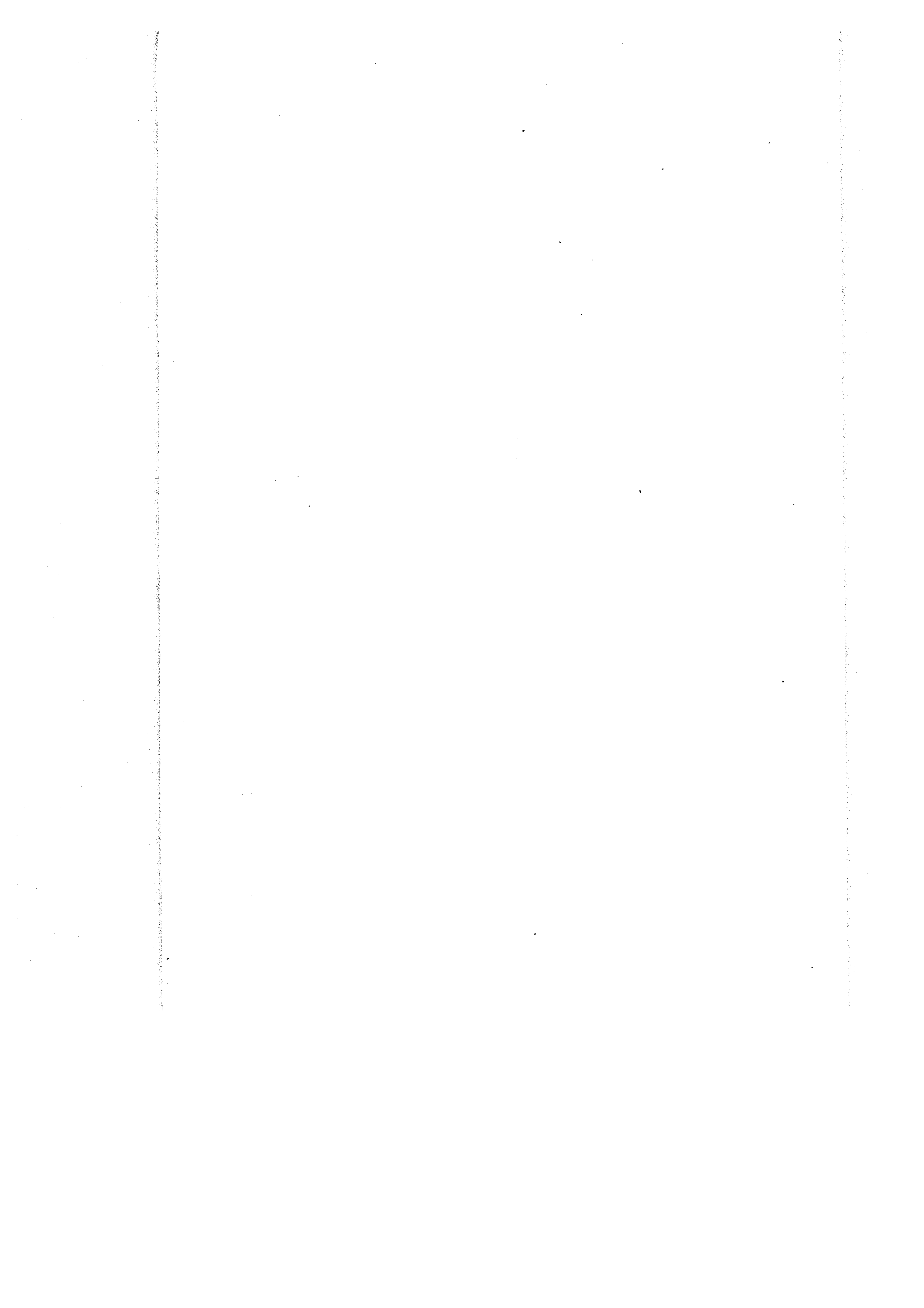
الوديعة إذا لزم ضمانها فإن كانت من المثليات تضمن بمثلها، وإن كانت من القيميات تضمن يوم لزوم الضمان، ولا يجوز تضمين مثل القيمي ولا قيمة المثلي، وكذا إذا استعمل المستودع الوديعة فنقصت قيمتها يضمن قيمة ما نقص بنسبة يوم الاستعمال، وإذا مات المستودع مجهلًا، ضمن قيمة الوديعة بنسبة يوم الوفاة، وكذا إذا أنكر المستودع الوديعة، ثم هلكت ووجب تضمينه يضمن قيمتها بنسبة يوم استعمالها ويجب لتعيين هذه القيمة إقامة البينة من المودع أو إقرار المستودع أو نكوله عن اليمين. أما قيمة سند الدين وقائمة الحساب هي قيمة الورقة مكتوبة لا قيمة ما درج وحرر فيها من الدين؛ لذلك إذا أودع رجل عند آخر سند دين بمبلغ على آخر فأتلف المستودع الأمين هذا السند لا يضمن إلا قيمته مكتوبًا لأن إتلاف السند والقائمة لا يتضمن إتلاف الدين وضياعه، إلا إذا تعذر إثبات الدين بطريق آخر، وحلف المديون اليمين فيرجع عندها المودع على المستودع بمبلغ الدين المحرر بالسند أيضًا. وقد أغفلت المجلة من أحكام الوديعة ما لو خالف المستودع أمر المودع المقيد ثم عاد إلى الوفاق ثم تلفت بلا تعد ولا تقصير. والمعروف في كتب الفقه أنه لا ضمان في هذه الحالة لأن عودة المستودع إلى الوفاق تخرجه من حال الغصب الحكمي، وتعيده إلى حال الأمانة استنادًا إلى عقد الإيداع الأول. ومجرد المخالفة لا تفسخ عقد الإيداع لأنه أمر حسي خلافًا للإجارة والإعارة على ما مر.

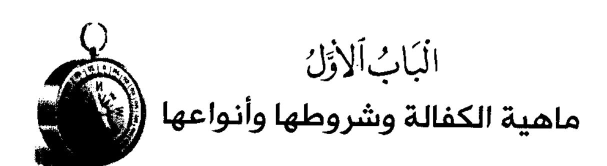
***

(١) يستفاد حكمها من أوائل كتاب الغصب من الدرر : ١/ ١٨٣ حيث جاء: «ويجب رد مثله إن هلك وهو مثلي، وإن انقطع المثل بأن لا يوجد في السوق الذي فيه، وإن كان يوجد في البيوت فقيمته الخصومة أي وقت القضاء ».

كتاب الكفالة







الباب الأول
ماهية الكفالة وشروطها وأنواعها

الفصل الأول

الكفالة وشروط صحتها

(مادة ٨٢٣): الكفالة هي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة بنفس أو دين أو عين[١].

الكفالة في اللغة: الضم والتحمل والالتزام ، ومنه قوله تعالى: ﴿ وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا ﴾ [آل عمران: ٣٧] أي: ضمها إلى نفسه، وقال ﷺ: « **أنا وكافل اليتيم كهاتين في الجنة** »[٢] أي: ضام اليتيم إلى نفسه، ومنه سميت الخشبة التي تجعل دعامة الحائط كفيلًا؛ لضمها إليه.

وفي الاصطلاح: ضم ذمة إلى ذمة أخرى في المطالبة بشيء من نفس أو دين أو عين.

فمعنى تسمية العقد بالكفالة أنه يوجب ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل على وجه التوثيق، سواء في المطالبة دون أصل الدين؛ لأن أصل الدين في ذمة الأصيل على حاله، والكفيل يصير مطالبًا كالأصيل، أو في ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في ثبوت أصل الدين؛ لأن الكفالة إقراض للذمة، والتزام المطالبة ينبني على التزام أصل الدين.

وليس ضرورة ثبوت المال في ذمة الكفيل مع بقائه في ذمة الأصيل ما يوجب زيادة حق الطالب؛ لأنه وإن ثبت الدين في ذمتهما ، فلا يستوفى إلا من أحدهما كالغاصب مع غاصب الغاصب، واختيار تضمين أحدهما يوجب براءة الآخر؛ لما فيه من التمليك منه، فلهذا ملك مطالبة كل واحد منهما به[٣].

وقد نصت المادة (٦١٢) من مجلة الأحكام العدلية على أن « الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بشيء، يعني أن يضم أحد ذمة آخر، ويلتزم أيضًا المطالبة التي لزمت في حق ذلك ». وهو ما جاء كذلك في المادة من تقنين الشريعة على مذهب أبي حنيفة، ونصها: « الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة مطلقًا ».

---

(١) يستفاد من أول كفالة الدر ص : ٢٤٩.

وجاء في الاختيار ٢/ ٦٠ : « الكفالة في اللغة: الضم، قال تعالى: ﴿ وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا ﴾ [آل عمران: ٣٧] أي ضمها إلى نفسه، وقال ﷺ: « **أنا وكافل اليتيم كهاتين في الجنة** »، أي الذي يضمه إليه في التربية، ويسمى النصيب كفلًا؛ لأن صاحبه يضمه إليه، وفي الشرع: ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة »، انظر كذلك رد المحتار على الدر المختار : ٥/ ٢٨١، مجمع الأنهر : ٢/ ١٢٣، مختصر أحكام المعاملات الشرعية للشيخ علي الخفيف ص : ٢٢٠، الموسوعة الفقهية : ٣٤/ ٢٨٨، ومواهب الجليل.

(٢) سنن أبي داود : ٤/ ٣٣٨ برقم (٥١٥٠). (٣) المبسوط : ١٩/ ١٦١.

وتتفق هذه المادة مع اتجاهات القوانين المدنيّة العربية في تعريف الكفالة، فالمادة (٧٧٢) مدني مصري تنص على أن: « الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام، بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يفِ به المدين نفسه ».

والمادة (٧٧٤) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[١]، وتنص على أن: « الكفالة عقد تضم بمقتضاه ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام ».

وهو ما جاء كذلك في المواد (١٠٠٨) عراقي، و (٧٤٥) مدني كويتي، والمادة (٩٥٠) مدني أردني، ونصها: « الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام »، وينصب هذا التعريف على محل العقد الذي هو الضمان، وشغل ذمة الكفيل بحق المطالبة.

***

(مادة ٨٢٤): لا تصح الكفالة بإيجاب الكفيل وحده، ما لم يقبل الطالب أو نائبه - ولو فضوليًّا - في مجلس العقد[٢].

الكفالة لا تصح بايجاب الكفيل وحده، ما لم يقبل الطالب أو نائبه ولو فضوليًّا - وذلك يكون في مجلس العقد.

واشتراط القبول من الطالب عند الإمام ومحمد، وهو قول أبي يوسف الآخر، وفي قوله الأول: الركن هو الإيجاب فحسب، فأما القبول فليس بركن، وهو أحد قولي الشافعي؛ لما روي أن النبي ﷺ أتي بجنازة رجل من الأنصار فقال: « هل على صاحبكم دين » فقيل: نعم درهمان أو ديناران، فامتنع من الصلاة عليها، فقال علي أو أبو قتادة - رضي اللّٰه عنهما -: هما عليَّ يا رسول اللّٰه فصلى عليها[٣] ولم ينقل قبول الطالب، ولأن الكفالة ضمٌّ لغة، والتزام المطالبة بما على الأصيل شرعًا لا تمليك، ألا ترى أنه يحتمل الجهالة والتعليق بالشرط، والتمليك لا يحتمل ذلك، ومعنى الضم والالتزام يتم بإيجاب الكفيل فأشبه النذر، والدليل

---

(١) المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة (٧٧٤) ص : ٣٠٥.

(٢) يستفاد من أوائل الكفالة : ٥/ ٢٨٣ حيث جاء أنه: « لا تتم بالكفيل وحده، ما لم يقبل المكفول له أو أجنبي عنه في المجلس ».

وجاء في التاج والإكليل ٧/ ٣٨ : وبغير إذنه من المدونة: إن أشهد رجل على نفسه أنه ضامن بما قضى لفلان على فلان، أو قال: أنا كفيل لفلان بما له على فلان، وهما حاضران أو غائبان أو أحدهما غائب، لزمه ما أوجب على نفسه من الكفالة والضمان؛ لأن ذلك معروف، والمعروف من أوجبه على نفسه لزمه » انظر كذلك أسنى المطالب : ٢/ ٢٣٧، والإنصاف : ٥/ ٢١٤.

(٣) سنن البيهقي الكبرى : ٦/ ٧٢ برقم (١١١٧٧).

عليه أن المريض إذا قال عند موته لورثته: اضمنوا عني ما عليَّ من الدين لغرمائي، وهم غيب، فضمنوا ذلك، فهو جائز ويلزمهم، وأي فرق بين المريض والصحيح، ولهما أن الكفالة ليست بالتزام محض، بل فيها معنى التمليك، والتمليك لا يتم إلا بالإيجاب والقبول كالبيع[1].

وفائدة الخلاف إنما تظهر فيما إذا مات المكفول له قبل القبول، من يقول بالتوقف يقول: لا يؤخذ به الكفيل[2]، فلو كفل بنفس رجل، والطالب غير حاضر فهو باطل في قول أبي حنيفة ومحمد، وهو قول أبي يوسف الأول ثم رجع وقال: هو جائز، وكذلك الكفالة بالمال إذا لم يكن الطالب حاضرًا.

فإذا عرفت أن ركن الكفالة الإيجاب والقبول، فالإيجاب من الكفيل أن يقول: أنا كفيل، أو ضمين، أو زعيم، أو غريم، أو قبيل، أو حميل، أو لك عليَّ أو لك قبلي، أو لك عندي، أما لفظ الكفالة والضمان فصريحان، وكذلك الزعامة بمعنى الكفالة، والغرامة بمعنى الضمان، قال النبي ﷺ: « **الزعيم غارم** »[3] أي الكفيل ضامن، وكذلك القبالة بمعنى الكفالة أيضًا، يقال: قبلت به أقبل قبالة، وتقبلت به أي كفلت، قال اللّه تعالى: ﴿أَوْ تَأْتِيَ بِاللَّهِ وَالْمَلَائِكَةِ قَبِيلًا﴾ [الإسراء: ٩٢] أي: كفيلًا يكفلوني بما يقول، والحميل بمعنى المحمول، فعيل بمعنى المفعول كالقتيل بمعنى المقتول، وأنه ينبئ عن تحمل الضمان، وقوله: عليَّ، كلمة إيجاب، وكذا قوله: إليَّ، قال رسول اللّه ﷺ: « **من ترك مالًا فلورثته ومن ترك دينًا فإليَّ وعليَّ** »[4].

وقوله: قِبَلي، ينبئ عن القبالة وهي الكفالة، على ما ذكرنا، وقوله: عندي، وإن كانت مطلقة للوديعة لكنه بقرينة الدين يكون كفالة؛ لأن قوله: عندي، يحتمل اليد، ويحتمل الذمة؛ لأنها كلمة قرب وحضرة، وذلك يوجد فيهما جميعًا، فعند الإطلاق يحمل على اليد؛ لأنه أدنى، وعند قرينة الدين يحمل على الذمة، أي في ذمتي؛ لأن الدين لا يحتمله إلا الذمة، وأما القبول من الطالب فهو أن يقول: قبلت أو رضيت أو هويت أو ما يدل على هذا المعنى[5].

وتتفق هذه المادة مع ما ورد في المادة (٥٨٤) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، ونصها: « وتنعقد الكفالة بالإيجاب والقبول بين الكفيل والمكفول له دون حاجة إلى رضى المكفول عنه ».

***

(١) بدائع الصنائع : ٦/ ٣.
(٢) تبيين الحقائق : ٤/ ١٤٦.
(٣) سنن البيهقي الكبرى : ٦/ ٨٨ برقم (١١٢٥٤).
(٤) مسند الإمام أحمد بن حنبل : ٣/ ٣٣٨ برقم (١٤٦٧١).
(٥) بدائع الصنائع : ٦/ ٣.

❁ **(مادة ٨٢٥): يشترط لصحة الكفالة أن يكون كل من الكفيل والمكفول له عاقلًا بالغًا[١]، فلا تصح كفالة مجنون ولا صبي ولو كان تاجرًا، ولا الكفالة لمجنون أو صبي إلا إذا كان تاجرًا، وأما الكفالة عنه فهي لازمة للكفيل، يؤخذ بها الكفيل[٢].**

يشترط لصحة الكفالة أن يكون كل من الكفيل والمكفول له عاقلًا بالغًا؛ وذلك لأن الكفالة عقد من عقود التبرعات، فلا تنعقد ممن ليس من أهلها، فلا تنعقد كفالة الصبي والمجنون ولو كان الصبي تاجرًا، وكذا لا تجوز له إلا إذا كان تاجرًا، وأما الكفالة عنه فهي لازمة للكفيل يؤخذ بها، ولا يجبر الصبي على الحضور معه إلا إذا كانت بطلب، وهو تاجر، أو بطلب أبيه مطلقًا، فإن تغيب فله أخذ الأب بإحضاره أو تخليصه[٣].

ولا يجوز قبول وليهما عنهما؛ لأن القبول يعتبر ممن وقع له الإيجاب، ومن وقع له الإيجاب ليس من أهل القبول، ومن قبل لم يقع الإيجاب له، فلا يعتبر قبوله، إلا أن الأب أو الوصي لو استدان دينًا في نفقة اليتيم، وأمر اليتيم أن يضمن المال عنه جاز، ولو أمره أن يكفل عنه النفس لم يجز؛ لأن ضمان الدين قد لزمه من غير شرط، فالشرط لا يزيده إلا تأكيدًا فلم يكن متبرعًا، فأما ضمان النفس وهو تسليم نفس الأب أو الوصي، فلم يكن عليه، فكان متبرعًا فيه فلم يجز.

والمعتوه في ذلك بمنزلة الصبي؛ لأن ولاية الوصي على المعتوه تثبت كما تثبت على الصبي[٤]، وفي المادة (٥٨٥) من تقنين الشريعة على مذهب أبي حنيفة أنه: « يشترط لصحة

---

(١) هذه المادة تتفق مع المادة (٧٧٧) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٢) يستفاد من الدر ورد المحتار من أوائل الكفالة ص : ٢٥١، ٢٥٢، وأسنى المطالب : ٢/ ٢٣٧، والإنصاف : ٥/ ١٩١ ومنح الجليل : ٦/ ٢٠٠ حيث جاء: « المكلف الذي لا حجر عليه فيما ضمن فيه، فدخلت الزوجة والمريض بالنسبة للثلث، والمكاتب والمأذون بالنسبة لما أذن لهما سيدهما في ضمانه، ومفهوم أهل التبرع فيه تفصيل ، فإن كان زوجة أو مريضًا بزائد على الثلث، أو رقيقًا بغير إذن سيده، أو مدينًا بدين مستغرق ما بيده من المال، أو مؤجرًا نفسه لعمل أو سفر، أو ظئرًا فضمانهم صحيح غير لازم، وإن كان سفيهًا أو صبيًّا أو مجنونًا فهو فاسد، وليس لوليه إجازته.

في النوادر: قال محمد بن عبد الحكم: من تكفل بوجه رجل فغاب الرجل فأخذ به الكفيل، فأقام آخر البينة على أنه استأجر الكفيل قبل ذلك أن يبني له داره أو يسافر معه إلى مكة فالإجارة مقدمة ولا يحبس في الدين؛ لأن كفالة الدين معروف متطوع به، ولو كانت ظئرًا استؤجرت لرضاع قبل كفالتها فلا تحبس في الكفالة أيضًا، والرضاع مقدم ، فإذا انقضت مدة الرضاع طولبت بالحمالة، ومثل لأهل التبرع فقال: كرقيق مكاتب، ورقيق مأذون له في التجارة، أذن سيدهما لهما في الضمان، فيصح منهما، ويلزمهما إن وقع منهما، فإن لم يأذن لهما فيصح ولا يلزم، بدليل قوله الآتي: وأتبع ذو الرق به إن عتق، ودخل بالكاف قن وذو شائبة كمدبر وأم ولد ومعتق لأجل، وخصهما بالذكر دفعًا لتوهم جواز ضمانهما بلا إذن؛ لإحراز المكاتب نفسه وماله، ولرفع الحجر عن المأذون بالإذن في التجارة.

(٣) رد المحتار : ٥/ ٢٨٥، والبحر الرائق : ٦/ ٢٢٢، وبدائع الصنائع : ٦/ ٧.

(٤) المبسوط : ٢٠/ ١٢.

الكفالة أن يكون للكفيل أهلية التبرع ».

وفي المادة (٦٣٩) من المجلة العدلية أنه: « لا يشترط كون المكفول عنه عاقلًا وبالغًا، فتصح الكفالة بدين المجنون والصبي ».

وتتفق هذه المادة مع ما ورد في المادة (٧٧٧) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[1]، والتي تنص على أنه: « إذا كانت الكفالة بسبب نقص أهلية المدين، كان الكفيل ملزمًا بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين »[2].

***

❁ (مادة ٨٢٦): يشترط أيضًا لصحة الكفالة أن يكون المكفول به مضمونًا على الأصيل، دينًا أو عينًا أو نفسًا معلومة[3]، وأن يكون مقدور التسليم من الكفيل[4].

يشترط لصحة الكفالة أن يكون المكفول به مضمونًا على الأصيل، بحيث لا يمكنه أن يخرج عنه إلا بدفعه، أو دفع بدله؛ ليتحقق معنى الضم، فيجب على الكفيل، دينًا أو عينًا

---

(١) المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة (٧٧٧) ص : ٣٠٧.

(٢) هذه المادة تتفق مع المادة (٧٧٧) من القانون المدني المصري التي تنص على ما يأتي: « من كفل التزام ناقص الأهلية، وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية، كان ملزمًا بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول ».

والمادة المذكورة تقابل المادة (٢/ ٧٥٠) من التقنين الكويتي.

(٣) هذه المادة تتفق مع ماورد في المادة (٧٧٦) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٤) يستفاد من الدر ورد المحتار من أوائل الكفالة ص : ٢٥١، ومنح الجليل : ٦/ ٢١٠ حيث جاء: « يصح الضمان بالدين الثابت اللازم إن كان معلومًا، بل وإن جهل، من قال لرجل: ما ذاب لك قبل فلان الذي تخاصم فأنا به حميل، فاستحق قبله مالًا، كان هذا الكفيل ضامنًا له، ذاب بذال معجمة فألف ساكنة فموحدة أي: ثبت وصح، في التوضيح: إن ثبت ببينة فلا إشكال، وإن أقرَّ به بعد الضمان فقولان، قيل: ما أقر به قبل الحمالة يلزمه غرمه، وأما الموسر فلا تهمة في إقراره، وتجوز الحمالة بالمال إلى أجل مجهول، ويضرب له من الأجل بقدر ما يرى، قال ابن القاسم: من قال لرجل: إن لم يوفك فلان حقك فهو علي، ولم يضرب لذلك أجلًا تلوم له السلطان بقدر ما يرى، ثم يلزمه المال إلا أن يكون الغريم حاضرًا مليًا ، وإن قال: إن لم يوفك حقك فلان حتى يموت فهو عليَّ، فلا شيء على الكفيل حتى يموت الغريم عديمًا. ولو مات الحميل قبل موت الغريم وجب أن يوقف من ماله قدر الدين، فإن مات المحمول عنه عديمًا، أخذ المحمول وله ذلك الموقوف، ويصح الضمان بالدين الثابت اللازم، سواء علم المضمون له أو جهل الشخص الذي له الدين؛ إذ لا يختلف الضمان بمعرفته وعدمها، وصح الضمان بغير إذن المضمون، وقد ذهب بعض العلماء إلى أن الحمالة لا تلزم المديان إلا بشرط كونها بأمره، ولذا كتب كثير من الموثقين: تحمل فلان عن فلان بأمره، ولا يصح الضمان ولا التأدية إن ضمنه أو أدى عنه عنتًا بفتح العين المهملة والنون فمثناة فوقية، أي لإضراره بسوء طلبه وحبسه لعداوة بينهما، وقال ابن عرفة: من أدى عن رجل دينًا بغير أمره جاز إن فعله رفقًا بالمطلوب، وإن أراد الضرر بطلبه وإعناته لعداوة بينهما منع من ذلك، وكذلك إن اشترى دينًا عليه لم يجز البيع، ورد إن علم، قصد الضرر بإقراره قبل ذلك، أو بقرائن تدل عليه.

أو نفسًا معلومة، وكذلك أو فعلًا ليس بدين ولا عين ولا نفس عند أصحابنا، إلا أنه يشترط في الكفالة بالعين أن تكون مضمونة بنفسها، وجملة الكلام فيه أن المكفول به أربعة أنواع: عين، ودين، ونفس، وفعل ليس بدين ولا عين ولا نفس.

أما العين التي هي أمانة فلا تصح الكفالة بها، سواء كانت أمانة غير واجبة التسليم كالودائع ومال الشركات والمضاربات، أو كانت أمانة واجبة التسليم كالعارية والمستأجر في يد الأجير؛ لأنه أضاف الكفالة إلى عينها، وعينها ليست بمضمونة، ولو كفل بتسليم المستعار والمستأجَر عن المستعير والمستأجِر جاز؛ لأنهما مضمونا التسليم عليهما، فالكفالة أضيفت إلى مضمون على الأصيل، وهو فعل التسليم فصحت.

وتصح الكفالة بالأعيان المضمونة بنفسها، كالمغصوب والمقبوض بالبيع الفاسد والمقبوض على سوم الشراء؛ لأنه كفالة بمضمون بنفسه، ألا ترى أنه يجب رد عينه حال قيامه ورد مثله أو قيمته حال هلاكه، فيصير مضمونًا على الكفيل على هذا الوجه أيضًا.

وتجوز الكفالة بتسليم المبيع والرهن؛ لأن المبيع مضمون التسليم على البائع، والرهن مضمون التسليم على المرتهن في الجملة بعد قضاء الدين، فكان المكفول به مضمونًا على الأصيل، وهو فعل التسليم، فصحت الكفالة به، لكنه إذا هلك لا شيء على الكفيل؛ لأنه لم يبق مضمونًا على الأصيل فلا يبقى على الكفيل، ولو استأجر دابة للحمل فكفل رجل بالحمل، فإن كانت الدابة بعينها لم تجز الكفالة بالحمل، وإن كانت بغير عينها جازت؛ لأن في الوجه الأول الواجب على الآجر فعل تسليم الدابة دون الحمل، فلم تكن الكفالة بالحمل كفالة بمضمون على الأصيل فلم تجز، وفي الوجه الثاني: الواجب عليه فعل الحمل دون تسليم الدابة، فكانت الكفالة بالحمل كفالة بفعل هو مضمون على الأصيل فجازت[1].

وقد جاء في المادة (٥٨٥) من تقنين الشريعة على مذهب أبي حنيفة أنه يشترط لصحة الكفالة أن يكون للكفيل أهلية التبرع، وأن يكون المكفول به مضمونًا على الأصيل مقدور التسليم، والعين مضمونة بنفسها.

وتتفق هذه المادة مع اتجاهات القوانين المدنية العربية، ومع ما جاء في المادة (٧٥٠) كويتي، (٩٥٤) مدني أردني، ومع المادة (٧٧٦) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام

---

(١) راجع بدائع الصنائع : ٦/ ٨، ٩، ١٠، المبسوط : ٢٠/ ١٠٢، تبيين الحقائق : ٤/ ١٥٥، ١٥٩، فتح القدير : ٧/ ١٩٩، درر الحكام : ٢/ ٣٠١، البحر الرائق : ٦/ ٢٢٤ نقلًا عن البدائع، مجمع الضمانات ص : ٢٧٣، مجمع الأنهر : ٢/ ١٣٦، رد المحتار : ٥/ ٢٨٤.

الشريعة الإسلامية[١]، ونصها:

« لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحًا ».

وفي المادة (٩٥٤) مدني أردني أنه: « يشترط لصحة الكفالة أن يكون المكفول به مضمونًا على الأصيل دينًا أو عينًا أو نفسًا معلومة، وأن يكون مقدور التسليم من الكفيل ».

وقد يوضح ذلك ما جاء في المادة (١٣١) من المجلة العدلية التي نصت على أنه: « يشترط في الكفالة بالمال أن يكون المكفول به مضمونًا على الأصيل، فتصبح الكفالة بثمن المبيع وبدل الإجارة وسائر الديون الصحيحة، كذلك تصح الكفالة بالمال المغصوب، وعند المطالبة يكون الكفيل مجبورًا على الوفاء ».

***

(مادة ٨٢٧): لا تصح كفالة المريض مرض الموت، إن كان مديونًا بدين محيط بماله، وإن كان دينه غير محيط بماله، وكانت كفالته تخرج من ثلث ما بقي من ماله بعد أداء الدَّين صحت كلها، وإلا فبقدر الثلث[٢].

صحة بدن الكفيل ليس بشرط لصحة الكفالة، فتصح كفالة المريض لكن من الثلث؛ لأنها تبرع، وتبرعات المريض تصح من ثلثه، إذا لم يكن عليه دين، وإن أقر أنه كفل به في الصحة لزمه ذلك في جميع ماله، إذا لم يكن لوارث ولا عن وارث؛ لأن الكفالة في الصحة سبب لوجوب الدين عليه، وإقراره في المرض بسبب وجوب الدين مضافًا إلى حال الصحة يكون إقرارًا بالدين.

وإقرار المريض للأجنبي بالدين صحيح وللوارث باطل، وإن كان عن وارث فهذا قول من المريض فيه منفعة وارثه، والمريض محجور عن مثله، وإن كان عليه دين يحيط بماله لم يجز إقراره بذلك؛ لأن دين الصحة متقدم على ما أقرَّ به في المرض، فما بقي دين الصحة لم يعتبر إقراره بالدين في المرض؛ لأن إقراره يصح في حق نفسه ولا يصح في حق غرماء ديون الصحة؛ حيث يقدمون على المقرِّ له في حالة المرض، وإذا كفل في الصحة بما أقرَّ به

---

(١) المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة (٧٧٦) ص : ٣٠٦.

(٢) يستفاد من الدر ورد المحتار من أوائل الكفالة ص : ٢٥٢، وأسنى المطالب : ٢/ ٢٥٢، وكشاف القناع : ٣/ ٣٦٤، والمدونة : ٤/ ١١٧ حيث جاء: أرأيت المريض إذا تكفل بكفالة، أتجوز كفالته؟ قال: ذلك جائز في ثلثه، ألا ترى أن مالكًا قد قال في المرأة تكون تحت الزوج فتتكفل بكفالة: إن ذلك في ثلثها إذا لم تجاوز الثلث؛ لأنها محجورة عن جميع مالها، وكذلك المريض قد حجر عنه جميع ماله، وإنما يجوز له من ماله الثلث، والكفالة معروف، فإنما يجوز ذلك في ثلثه، كما يجوز للمرأة ذات الزوج معروفها في ثلثها عند مالك.

فلان لفلان ولم يسمه، ثم مرض وعليه دين يحيط بماله، فأقر المكفول عنه أن لفلان عليه ألف درهم لزم المريض ذلك في جميع ماله؛ لأن سبب وجوب المال قد تم منه في حال الصحة وهو الكفالة، والدين الواجب عليه بذلك السبب بمنزلة دين الصحة.

وكذلك إن أقرَّ بعد موته فإن المقر له يخلص غرماء الكفيل بذلك؛ لأن أصله كان في الصحة، وكان قد لزم على وجه لا يملك الرجوع عنه وإبطاله ، وكذلك لو كفل بما ذاب لفلان على فلان أو بما صار له عليه ، وكذلك لو كان لوارث أو عن وارث أو لوارث عن وارث؛ لأنه كان في الصحة وهو بمنزلة ضمان الدرك، فإنه لو كفل في صحته بما أدركه من درك في دار اشتراها، ثم استحقت الدار في مرض الكفيل أو بعد موته فإن المشتري يضرب مع غرماء الكفيل الميت بالثمن؛ لأن أصل الدين كان في الصحة، بخلاف الكفالة في المرض، وإن كفل في المرض وليس عليه دين، ثم استدان دينًا يحيط بماله، ثم مات فالكفالة باطلة؛ لأن ما لزمه في المرض من الدين بسبب معاين بمنزلة دين الصحة، وقد بينا أن الكفالة في المرض لا تصح إذا كان دين الصحة محيطًا بماله، ولو كان عليه دين غير محيط بماله، وكانت الكفالة تخرج من ثلث ما بقي بعد الدين صحت كلها، وإلا فبقدر الثلث؛ لأن كفالة المريض معتبرة من ثلثه[1].

وتتفق هذه المادة مع ما عبرت عنه المادة (٩٥٧) مدني أردني، ونصها:

١ - « لا تصح كفالة المريض مرض الموت إذا كان مدينًا بدين محيط بماله.

٢ - وتصح كفالته إذا لم يكن مدينًا، وتطبق عليه أحكام الوصية ».

***

❁ **(مادة ٨٢٨): تصح الكفالة بالأعيان المضمونة بنفسها على الأصيل، وهي التي تجب قيمتها عند هلاكها إن كانت قيميَّة، أو مثلها إن كانت مثلية، كالمبيع فاسدًا أو المغصوب أو المقبوض على سوم الشراء إن سمي له ثمنًا[2].**

العين المضمونة نوعان: مضمونة بنفسها كالمغصوب والمقبوض بالبيع الفاسد والمقبوض على سوم الشراء، ومضمونة بغيرها كالمبيع قبل القبض والرهن، فتصح الكفالة بالنوع الأول؛ لأنه كفالة بمضمون بنفسه، ألا ترى أنه يجب رد عينه حال قيامه، ورد مثله

---

(١) راجع المبسوط : ٢٠/ ١٢٨، بدائع الصنائع : ٦/ ٦، تبيين الحقائق : ٤/ ١٤٧، رد المحتار : ٥/ ٢٨٥.

(٢) يستفاد حكم هذه المادة والتي بعدها من الدر ورد المحتار : ٤/ ٢٥١، ٢٦٣، وبدائع الصنائع : ٦/ ٦، ٧، وحاشية الصاوي : ٣/ ٥٨٩، وأسنى المطالب : ٢/ ٢٤٢، والإنصاف : ٥/ ٢٠١.

أو قيمته حال هلاكه فيصير مضمونًا على الكفيل على هذا الوجه أيضًا، ولا تصح بالنوع الثاني، وهو المضمون بغيره؛ لأن المبيع قبل القبض مضمون بالثمن لا بنفسه، ألا ترى أنه إذا هلك في يد البائع لا يجب عليه شيء، ولكن يسقط الثمن عن المشتري، وكذا الرهن غير مضمون بنفسه، بل بالدين، ألا ترى أنه إذا هلك لا يجب على المرتهن شيء، ولكن يسقط الدين عن الراهن بقدره.

والكفيل بالأعيان المضمونة بنفسها يخرج عن الكفالة بأحد أمرين: أحدهما: تسليم العين المضمونة بنفسها إن كانت قائمة، وتسليم مثلها أو قيمتها إن كانت هالكة، ويحصل الفعل المضمون وهو التسليم والحمل، والثاني: الإبراء، فلا يخرج بموت الغاصب والبائع والمكاري؛ لأن نفس هؤلاء غير مكفول بها حتى يسقط بموتهم.

ومنع الشافعي - رحمه اللَّه - الكفالة بالأعيان مطلقًا بناءً على أصله، وهو أن موجب الكفالة التزام أصل الدين في الذمة، فكان محلها الديون دون الأعيان[1]، وفي المادة (٦٠١) من تقنين الشريعة على مذهب أبي حنيفة أنه: تصح الكفالة بتسليم الأعيان، سواء كانت مضمونة بنفسها أو بغيرها أو غير مضمونة.

وقد جاء في المادة (٩٥٤) مدني أردني أنه: « يشترط لصحة الكفالة أن يكون المكفول به مضمونًا على الأصل دينًا أو عينًا أو نفسًا معلومة، وأن يكون مقدور التسليم من الكفيل ».

***

(مادة ٨٢٩): لا تصح الكفالة بالأعيان المضمونة على الأصيل بغيرها إلا بنفسها، وهي الأعيان الواجبة التسليم وهي قائمة، وعند هلاكها لا يجب مثلها ولا قيمتها، كالمبيع قبل القبض والرهن، فهما مضمونان بالثمن والدين.

تقدم أن الكفالة لا تصح بالعين التي هي أمانة، سواء كانت أمانة غير واجبة التسليم كالودائع ومال الشركات والمضاربات، أو كانت أمانة واجبة التسليم كالعارية والمستأجَر في يد الأجير؛ لأنه أضاف الكفالة إلى عينها، وعينها ليست بمضمونة، ولو كفل بتسليم المستعار والمستأجَر عن المستعير والمستأجِر جاز؛ لأنهما مضمونا التسليم عليهما، فالكفالة أضيفت إلى مضمون على الأصيل، وهو فعل التسليم فصحت.

(١) راجع بدائع الصنائع : ٦/ ١٠، ١٤، المبسوط : ٢٠/ ١٢١، تبيين الحقائق : ٤/ ١٤٧، العناية شرح الهداية : ٧/ ١٩٩ فتح القدير : ٧/ ١٦٣، درر الحكام : ٢/ ٢٩٦، البحر الرائق : ٦/ ٢٥١، مجمع الضمانات ص : ٢٧٢ مجمع الأنهر : ٢/ ١٣٦ رد المحتار : ٥/ ٢٨٣.

وكذا الأعيان المضمونة بنفسها كالمغصوب والمقبوض بالبيع الفاسد، والمقبوض على سوم الشراء، فإن الكفالة بها تصح، ويجب رد عينها إن كانت قائمة على حالها، أو رد مثلها إن كان لها مثل عند هلاكها، أو رد قيمتها إن كانت لها قيمة.

أما الأعيان المضمونة بغيرها، وهي الأعيان الواجبة التسليم قائمة، وعند هلاكها لا يجب تسليم مثلها ولا قيمتها، وهو المبيع قبل القبض يضمن بالثمن، وكالرهن يضمن بالدين، ولو هلكت لا يجب على الكفيل قيمتها، وهذا النوع هو الذي تناولته، وإنما لم تصح به الكفالة؛ لأن من شرط صحتها أن يكون المكفول به مضمونًا على الأصيل، بحيث لا يمكنه أن يخرج عنه إلا بدفعه أو دفع بدله ليتحقق معنى الضم ، فيجب على الكفيل تسليم العين ما دام قائمًا، وتسليم قيمته عند الهلاك فهو مضمون بغيره، والمبيع قبل القبض ليس بمضمون بنفسه وإنما هو مضمون بالثمن، فلو هلك المبيع في يد البائع لا يجب عليه شيء، وسقط الثمن عن المشتري وانفسخ العقد، وكذا الرهن غير مضمون بنفسه بل بالدين، فلو هلك الرهن في يد المرتهن لا يجب عليه شيء، وصار مستوفيًا لدينه فيسقط الدين عن الراهن بقدره ولا تلزمه مطالبته.

أما الكفالة بتسليم الأعيان المضمونة بغيرها، كالمبيع إذا كفل بتسليمه قبل قبضه بعد نقد الثمن، والمرهون إذا كفل عن المرتهن بتسليمه إلى الراهن بعد استيفاء المرتهن الدين جاز؛ لأنه التزم فعلًا واجبًا.

والأصل في ذلك أن الكفالة لو كانت بمضمون، أو مضافة إلى سبب مضمون مقدور على الإيفاء، والمضمون له وعنه معلومان جائزة، وإلا فلا.

وجاء في الاختيار: ولا تصح الكفالة بالمضمونة بغيرها كالمبيع والمرهون؛ لأنه لو هلك لا يجب شيء، بل ينفسخ البيع ويسقط الدين، فلهذا لا يصح، وقيل: يصح، وهو الأصح، وتبطل بالهلاك للقدرة قبل الهلاك والعجز بعده[1].

***

❁ (مادة ٨٣٠): يصح أن تكون الكفالة منجزة، أو مضافة إلى زمن مستقبل، أو معلقة بشرط ملائم، بأن يكون شرطًا لوجوب الحق أو لإمكان الاستيفاء أو لتعذره[2].

الكفالة المنجزة: وهي الكفالة التي ليست معلقة بشرط ولا مضافة إلى زمان مستقبل

---

(١) الاختيار لتعليل المختار : ٢/ ١٧٠.

(٢) يستفاد من الدر ورد المحتار : ٤/ ٢٦٤، جاء في المدونة : ٤/ ١٢١، ومغني المحتاج : ٣/ ٢١٢، وكشف القناع : ٣/ ٣٧٨.

تصح إذا استجمع شرائط الجواز، فإن كان الدين على الأصيل حالًّا كانت الكفالة حالة، وإن كان الدَّين عليه مؤجلًا كانت الكفالة مؤجلة؛ لأن الكفالة بمضمون على الأصيل فتتقيد بصفة المضمون، وكذلك الكفالة المضافة إلى زمن مستقبل، وذلك بأن ضمن ما أدان له على فلان، أو ما قضى له عليه، أو ما داين فلانًا أو ما أقرضه، أو ما استهلك من ماله، أو ما غصبه، أو ثمن ما بايعه صحت هذه الكفالة؛ لأنها أضيفت إلى سبب الضمان وإن لم يكن الضمان ثابتًا في الحال.

وكذلك تصح الكفالة المعلقة بشرط ملائم، بأن يكون شرطًا لوجوب الحق أو لإمكان الاستيفاء أولتعذره؛ لأن الأصل أن لا يجوز تعليقها بالشرط إلا شرطًا ألحق به تعلق بالظهور، أو التوسل إليه في الجملة، فيكون ملائمًا للعقد فيجوز، ولأن الكفالة جوازها بالعرف، والعرف في مثل هذا الشرط دون غيره، فإن علقها بشرط فاسد كأن هبت الريح أو جاء المطر فلا يصح التعليق، ولكنها تصح، ويجب المال حالًّا؛ لأن الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق.

وقد تكون الكفالة مقيدة بوصف، فلا يخلو إما أن تكون مقيدة بوصف التأجيل أو بوصف الحلول، فإن كانت الكفالة مؤجلة إلى وقت معلوم بأن كفل إلى شهر أو سنة جاز، ثم إن كان الدين على الأصيل مؤجلًا إلى أجل مثله يتأجل إليه في حق الكفيل أيضًا، وإن سمى الكفيل أجلًا أزيد من ذلك أو أنقص جاز؛ لأن المطالبة حق الطالب، فله أن يتبرع على كل واحد منهما بتأخير حقه، وإن كان الدين عليه حالًّا جاز التأجيل إلى الأجل المذكور، ويكون ذلك تأجيلًا في حقهما جميعًا في ظاهر الرواية، وروى ابن سماعة عن محمد أنه يكون تأجيلًا في حق الكفيل خاصة.

وجه هذه الرواية: أن الطالب خص الكفيل بالتأجيل فيخص به، كما إذا كفل حالًّا أو مطلقًا ثم أخر عنه بعد الكفالة، وجه ظاهر الرواية: أن التأجيل في نفس العقد يجعل الأجل صفة للدين، والدين واحد، وهو على الأصيل، فيصير مؤجلًا عليه ضرورة، بخلاف ما إذا كان بعد تمام العقد؛ لأن التأجيل المتأخر عن العقد يؤخر المطالبة، وقد خص به الكفيل فلا يتعدى إلى الأصيل.

ولو كان الدين على الأصيل مؤجلًا إلى سنة، فكفل به مؤجلًا إلى سنة أو مطلقًا ثم مات الأصيل قبل تمام السنة يحل الدين في ماله، وهو على الكفيل إلى أجله، وكذا لو مات الكفيل دون الأصيل يحل الدين في مال الكفيل، وهو على الأصيل إلى أجله؛ لأن المبطل للأجل وجد في حق أحدهما دون الآخر.

ولا تجوز الكفالة إن كان التأجيل إلى وقت مجهول، ولكن أجازها الأحناف إن كان الوقت المؤجل إليه كان يشبه آجال الناس، كالحصاد والدياس والنيروز ونحوه، وعند الشافعي: لا يجوز، وجه قوله؛ أن هذا عقد إلى أجل مجهول فلا يصح كالبيع، ولنا أن هذا ليس بجهالة فاحشة فتحملها الكفالة، وهذا لأن الجهالة لا تمنع من جواز العقد لعينها، بل لإفضائها إلى المنازعة بالتقديم والتأخير، وجهالة التقديم والتأخير لا تفضي إلى المنازعة في باب الكفالة؛ لأنه يسامح في هذا العقد ما لا يسامح في غيره؛ لإمكان استيفاء الحق من جهة الأصيل بخلاف البيع، ولأن الكفالة جوازها بالعرف، والكفالة إلى هذه الآجال متعارفة.

ولو كانت الكفالة حالة فأخر إلى هذه الأوقات جاز أيضًا؛ لما ذكرنا، إن كان لا يشبه آجال الناس كمجيء المطر وهبوب الريح فالأجل باطل والكفالة صحيحة؛ لأن هذه جهالة فاحشة فلا تتحملها الكفالة، فلم يصح التأجيل، فبطل وبقيت الكفالة صحيحة، وكذا لو كان على رجل دين فأجله الطالب إلى هذه الأوقات جاز، وإن كان ثمن مبيع، ولا يوجب ذلك فساد البيع؛ لأن تأجيل الدين ابتداء بمنزلة التأخير في الكفالة، وذا لا يؤثر في البيع فكذا هذا، وإن شرط الطالب الحلول على الكفيل جاز، سواء كان الدين على الأصيل حالًّا أو مؤجلًا؛ لأن المطالبة حق المكفول له فيملك التصرف فيه بالتعجيل والتأجيل، ولو كفل حالًّا ثم أجله الطالب بعد ذلك يتأخر في حق الكفيل إذا قبل التأخير دون الأصل، بخلاف ما إذا كان التأجيل في العقد، ولو كان الدين على الأصل حالًّا فأخره الطالب إلى مدة وقبله المطلوب جاز التأخير، ويكون تأخيرًا في حق الكفيل.

وإذا كانت الكفالة مضافة إلى وقت بأن ضمن ما ادان له على فلان، أو ما قضى له عليه، أو ما داين فلانًا، أو ما أقرضه، أو ما استهلك من ماله، أو ما غصبه، أو ثمن ما بايعه صحت هذه الكفالة؛ لأنها أضيفت إلى سبب الضمان، وإن لم يكن الضمان ثابتًا في الحال.

والكفالة إن كان فيها معنى التمليك فليست بتمليك محض، فجاز أن يحتمل الإضافة.

ولو قال: كلما بايعت فلانًا فثمنه علي، أو ما بايعت أو الذي بايعت يؤاخذ الكفيل بجميع ما بايعه، ولو قال: إن بايعت أو إذا بايعت أو متى بايعت، يؤاخذ بثمن أول المبايعة، ولا يؤاخذ بثمن ما بايعه بعدها؛ لأن كلمة (كل) لعموم الأفعال، وكذا كلمة (ما والذي) للعموم، وقد دخلت على المبايعة فيقتضي تكرار المبايعة، ولم يوجد مثل هذه الدلالة في قوله: إن بايعت ونظائره.

وفي مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب أبي حنيفة، المادة (٥٩٧) أنه:

تصح الكفالة إذا علقت بشرط ملائم، وهو ما ورد التعبير عنه كذلك في المواد (١٠٠٩) عراقي، (٧٤٤) سوري، (٩٥٣) مدني أردني، ونصها:

« يصح أن تكون الكفالة منجزة، أو مقيدة بشرط صحيح، أو معلقة على شرط ملائم، أو مضافة إلى زمن مستقبل، أو مؤقتة ».

***

(مادة ٨٣١): لا تصح الكفالة بالأمانات كالوديعة ومال المضاربة والشركة والعارية والمؤجر في يد المستأجر[١].

تقدم أن الكفالة لا تكون إلا في الديون المضمونة التي يجب الوفاء بها، فلا تجري في أعيان الأمانات، سواء أكانت أمانة غير واجبة التسليم كالودائع ومال الشركات والمضاربات، أو كانت أمانة واجبة التسليم كالعارية والمستأجر في يد الأجير؛ لأنه أضاف الكفالة إلى عينها وعينها ليست بمضمونة على الأصيل، فلا يمكن جعلها مضمونة على الكفيل؛ لأن ذمة الأصيل خلت من ثبوتها فلا تثبت في ذمة الكفيل، وذمته قائمة مقام ذمة الأصيل.

ولو كفل بتسليم المستعار والمستأجَر عن المستعير والمستأجِر جاز؛ لأنهما مضمونا التسليم عليهما، فالكفالة أضيفت إلى مضمون على الأصيل، وهو فعل التسليم فصحَّت، فإن كانت قائمة سلمها، وإن هلكت لا يجب على الكفيل قيمتها كالكفيل بالنفس، وقيل: إن وجب تسليمها على الأصيل كالعارية والإجارة جازت الكفالة بتسليمها، وإن لم يجب تسليمها على الأصيل كالوديعة ومال المضاربة والشركة فلا تجوز؛ لأن الواجب عليه عدم المنع عند الطلب لا الرد.

وكذا لا تصح الكفالة بالأثمان التي يكون للكفيل حق قبضها بالأصالة، كما لو كان وكيلًا أو وصيًّا أو ناظرًا أو مضاربًا[٢].

وقد تقدم ما جاءت به القوانين العربية في اشتراطها لصحة الكفالة أن يكون المكفول به مضمونًا على الأصيل، دينًا أو عينًا أو نفسًا معلومة.

***

---

(١) يستفاد من رد المحتار : ٤/ ٢٥١، ٢٦٣، والمواد (٦٣٠، ٦٣١) من المجلة العدلية، وبدائع الصنائع : ٦/ ٦، ٧.

(٢) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان : ٦٠٣ الطبعة التمهيدية، القسم الثاني، مجمع البحوث الإسلامية.

الفَصْلُ الثَّانِي

في الكفالة بالنفس

❁ **(مادة ٨٣٢): المضمون في الكفالة بالنفس هو إحضار المكفول، فإن اشترط في الكفالة تسليمه في وقت معين، يجبر الكفيل على إحضاره وتسليمه للمكفول له في الوقت المعين إن طلبه، فإن أحضره في الوقت المعين يبرأ الكفيل من الكفالة، وإن لم يحضره يحبس، ما لم يظهر عجزه وعدم اقتداره على إحضاره**[١].

الكفالة بالنفس: هي عبارة عن إحضار المكفول به، لأي وقت كان قد شرط تسليم المكفول به، فيلزم الكفيل إحضاره بطلب المكفول له في ذلك الوقت، فإن أحضره فبها، وإلا يجبر على إحضاره، وهذا اللزوم مستند على قصد قيام الكفيل بأداء ما التزم به بمقتضى الكفالة، لكن للكفيل أن يسلم المكفول به قبل ذلك الوقت، فعليه إذا لم يعين وقت للتسليم أن يحضر المكفول به في الوقت الذي يطلب المكفول له إحضاره فيه، فإن أحضره فبها، أي يكتفي بها ويكون قد حصل المقصود، وإذا لم يحضره فيجبر الكفيل على إحضاره ويحبس؛ لأنه يكون قد امتنع عن أداء حق لازم عليه.

وإن كانت الجهة التي قصدها المكفول عنه معلومة يعطي الحاكم مهلة للكفيل، سواء أكانت الجهة بعيدة أم قريبة، بحيث يمكنه أن يذهب إليها ويجيء، وللمكفول به حينئذ أن يأخذ على الكفيل كفيلًا لئلا يختفي، فإذا أحضر الكفيل المكفول عنه في نهاية تلك المهلة فبها، وإلا يجبر على إحضاره، كذلك يجبر على إحضار المكفول عنه فيما لو امتنع عن الذهاب إلى المحل الذي يوجد فيه المكفول عنه، لو كان ذلك المحل بعيدًا أو بلدًا أجنبيًّا.

مثلًا: لو فرَّ المكفول عنه إلى بلد أجنبي والتحق بها، يطالب الكفيل بإحضاره، فيما لو كان بين دولته والدولة التي فر إلى بلادها معاهدة على تسليم أمثال هؤلاء الفارين من إحداهما إلى تلك الدولة، وكان بين الدولتين صلح وسلام، أما إذا وجد في طريق المحل الذي يوجد فيه المكفول عنه عذر مانع من المرور فيه، فلا يجبر الكفيل على الذهاب إليه، فإذا لم يكن محل المكفول عنه معلومًا، وتصادق الكفيل والمكفول على ذلك تتأخر مطالبة الكفيل إلى

---

(١) يستفاد حكمها وما بعدها من الدر من أوسط الكفالة ص: ٤/ ٢٥٦ – ٢٥٨ حيث جاء أنه: « إن شرط تسليمه في وقت معين لزمه إحضاره فيه إذا طلبه منه، فإذا أحضره وإلا حبسه الحاكم، فإذا مضت المدة ولم يحضره حبسه، وإذا حبسه وثبت عند القاضي عجزه عن إحضاره خلى سبيله ».

أن يعرف محل المكفول عنه، أما إذا اختلف الطرفان في معلومية المحل، فقال الكفيل: لا أعلم محل المكفول عنه، وادعى المكفول له أنه يعلم، فتقبل البينة ممن يقيمها منهما، وإذا أقام الاثنان البينة رجحت بينة المكفول له، وإذا لم يستطع أحدهما إقامة البينة، فإذا كان يوجد مكان يقصده المكفول عنه عادة لقضاء حوائجه كالتجارة فالقول للمكفول له، ويلزم على الكفيل أن يذهب إلى ذلك المكان للتفتيش عليه، وإذا لم يوجد محل كهذا يقصده المكفول عنه فالقول للكفيل مع اليمين على أنه لا يعلم محل المكفول عنه.

وللكفيل أن يجبر المكفول عنه بالتسليم إلى المكفول له والحضور، أي: أنه على المكفول عنه أن يصدع لتكليف الكفيل إياه بالتسليم، وإذا لم يصدع لتكليفه، ولم يقتدر الكفيل على التسليم يراجع الحاكم فيعينه بأعوانه، وذلك إذا كانت الكفالة بأمر المكفول عنه، وإلا فيرشد المكفول له إلى مكان المكفول عنه ويخلي بينهما، ويفهم من ذلك أن الكفالة بنفس أحد ليس المكفول له قبله شيء صحيح، وليس لذلك الشخص أن يمتنع عن تسليمه فيما لو بين المكفول له بعد ذلك أنه ليس له عليه شيء.

والواقع أنه وإن عد إجبار الكفيل بتسليم المكفول به إلى المكفول له، وهو ليس له عليه حق يستحقه عبثًا، فالكفالة الواقعة على زعم الطالب إنما تكون لحق يلزم الأصيل أداؤه، والحكم في الكفالة المالية على هذا المنوال أيضًا، فلو قال أحد: أنا كفيل بدين فلان الذي في ذمة فلان، وأنكر ذلك دينه ولم يثبته عليه ذلك الشخص، وحلف اليمين على أنه ليس عليه دين لفلان، يطالب الكفيل بالدين لزعمه وجود ذلك الدين، الفرع لا يثبت مع عدم ثبوت الأصل، ويكون الكفيل مجبرًا على تسليم المكفول عنه[1].

وهو ما عبرت عنه المادة (٩٦١) من القانون المدني الأردني، ونصها:

١ - « الكفالة بالنفس تلزم الكفيل بإحضار المكفول في الوقت المعين عند طلب المكفول له، فإن لم يفعل جاز للمحكمة أن تقضي عليه بغرامة تهديدية، ولها أن تعقبه منها إذا ثبت عجزه عن إحضاره.

٢ - وإذا تعهد كفيل النفس بأداء مبلغ معين على سبيل الشرط الجزائي في حال عدم إحضار المكفول لزمه أداء ذلك المبلغ، وللمحكمة أن تعفيه منه كله أو بعضه، إذا تبين لها ما يبرر ذلك ».

وتستحدث هذه المادة استخدام فكرة الغرامة التهديدية والشرط الجزائي، بدلًا من

---

(١) المادة (٦٤٢) من مجلة الأحكام العدلية.

الحبس؛ استنادًا إلى المصلحة، وتيسيرًا على المتقاضين.

❁ (مادة ٨٣٣): إذا كان المكفول بالنفس غائبًا غيبة معلومة، وطلب المكفول له إحضارًا، يكلف الكفيل بإحضاره، وللمكفول له أن يستوثق بأخذ كفيل من الكفيل عند ذهابه لإحضار المكفول به، وإن كان المكفول غائبًا ولم يعلم مكانه فلا يطالب به الكفيل.

محل الكفالة له بالنفس هو إحضار المكفول، ما دام الكفيل قادرًا على ذلك، ويجبر الكفيل على ذلك بالحبس، كما قرر الفقهاء الذين ترجوا من التغريم بالمال، أو بغرامة تهديدية في اتجاه القانون المدني الأردني، إلا أن يثبت عجز الكفيل عن إحضار المكفول، وهكذا فإنه إن شرط تسليمه في وقت بعينه أحضره فيه إن طلبه كدين مؤجل حل، فإن أحضره فيها، وإلا حبسه الحاكم حين يظهر مطله، ولو ظهر عجزه ابتداء لا يحبسه، فإن غاب أمهله مدة ذهابه وإيابه ولو لدار الحرب.

ولو لم يُعْلم مكانه لا يطالب؛ به لأنه عاجز إن ثبت ذلك بتصديق الطالب، أو ببينة أقامها الكفيل، كما جاء في القنية: غاب المكفول عنه فللدائن ملازمة الكفيل حتى يحضره؛ وحيلة دفعه أن يدعي الكفيل عليه: أن خصمك غائب غيبة لا تدرى فبين لي موضعه، فإن برهن على ذلك تندفع عنه الخصومة، ولو اختلفا، فإن كان له خُرْجَة للتجار معروفة أمر الكفيل بالذهاب إليه، وإلا حلف أنه لا يدري موضعه، ثم في كل موضع قلنا بذهابه إليه للطالب أن يستوثق بكفيل من الكفيل لئلا يغيب الآخر[1].

وإذا علقت الكفالة بالمال على إحضار المكفول به غدًا كان الكفيل ضامنًا للمال إذا لم يف بكفالة النفس مع تمكنه من الوفاء بها، فإذا تعذر الوفاء لا يضمن المال، وتبقى كفالة النفس متى أمكن الوفاء بها، وإذا اختلفا في الوفاء وعدمه كان القول للطالب عند عدم البينة، والمال لازم على الكفيل.

* * *

❁ (مادة ٨٣٤): يبرأ الكفيل بالنفس بتسليمه الشخص المكفول به للمكفول له حيث يمكنه مخاصمته، ولو في غير مجلس الحكم، ما لم يشترط تسليمه فيه إذا قال: سلمته إليك بجهة الكفالة، وإن لم يقل ذلك فإن كان المكفول له قد طلبه منه برئ بتسليمه إليه

---

(١) الدر المختار : ٥/ ٢٩١، مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (٥٩٢) الطبعة التمهيدية القسم الثاني، مجمع البحوث الإسلامية.

أيضًا، وإلا فلا[١].

يبرأ الكفيل بالنفس إذا سلم المكفول به إلى المكفول له حيث تمكن مخاصمته، كما إذا سلمه في مصر، سواء قبله الطالب أو لا، وفي مجمع الضمانات: إذا أحضر الكفيل المكفول بنفسه، وسلمه في مكان يقدر المكفول له أن يخاصمه فيه مثل أن يكون في مصر، برئ في كفالته، فإذا كفل له على أن يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برئ، وقيل: في زماننا لا يبرأ، وإن سلمه في برية لا يبرأ، وكذا إذا سلمه في سواد، ولو سلمه في مصر آخر غير المصر الذي كفل فيه برئ عند أبي حنيفة، وعندهما: لا يبرأ[٢].

وقد نصت المادة (٦٥٩) من مجلة الأحكام العدلية على أنه: « لو سلم المكفول به من طرف الأصيل، أو الكفيل إلى المكفول له يبرأ الكفيل من الكفالة ».

ويبرأ الكفيل بتسليمه المكفول به إلى المكفول له إذا تم التسليم:

(أ) عن طريق نائب الكفيل، أو وصوله إلى المكفول له أو إلى غيره إذا قبل المكفول له.

(ب) إذا سلم المكفول به نفسه إلى المكفول له، وكانت الكفالة بأمر المكفول.

(جـ) أو سلمه أجنبي إلى المكفول له وقبل، بشرط أن يبين كل واحد من هؤلاء أن هذا التسليم عن الكفيل »[٣].

وفي المادة (٩٦٣) مدني أردني أنه:

١ - « يبرأ الكفيل بالنفس إذا سلم المدين إلى المكفول له، أو أدى محل الكفالة.

٢ - وكما يبرأ بموت المكفول، ولا يبرأ بموت الدائن المكفول له. ولورثته الحق في مطالبة الكفيل بتسلم المكفول في الوقت المحدد »، وهذه المادة مقابلة بالمادة (١٠١٩) مدني عراقي.

***

❁ (مادة ٨٣٥): إذا مات الشخص المكفول به برىء الكفيل من الكفالة[٤] بموته، وبرىء كفيل الكفيل أيضًا كما يبرأ إن مات الكفيل الأول[٥]. ولا يبرأ الكفيل بموت الدائن المكفول

---

(١) يستفاد حكمها والتي بعدها من الدر من أوسط الكفالة : ٥/ ٢٩٢، ٢٩٣.

(٢) مجمع الضمانات : ٢/ ٥٨٠.

(٣) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (٥٩١) الطبعة التمهيدية، القسم الثاني، مجمع البحوث الإسلامية.

(٤) في طبعة دار الفرجاني « الكفار » والمثبت من طبعة نظارة المعارف وهو الصحيح.

(٥) جاء في مجمع الضمانات ٢/ ٥٨٠، ٥٨١ : « وإذا مات المكفول به برئ الكفيل بالنفس من الكفالة، وكذا إذا مات الكفيل »، وانظر رد المحتار : ٥/ ٢٩٢.

له، بل يكون لورثته الحق في مطالبة الكفيل بإحضار المكفول به[١].

لو مات المكفول به فكما يبرأ الكفيل يبرأ كفيل الكفيل، كذلك لو توفي الكفيل فكما يبرأ هو من الكفالة كذلك يبرأ كفيله أيضًا، ولكن لا يبرأ الكفيل من الكفالة بوفاة المكفول له، ويطالب وارثه؛ لأنه إذا توفي المكفول به امتنع على الكفيل إحضاره، وكان عجزه عن ذلك عجزًا مستمرًا.

أما الكفالة فلا تبطل لعدم اقتدار الكفيل على إحضار المكفول به لعدم معرفته محله، بل يجب إيقاف المطالبة إلى أن يقف على مكانه، وأما حق المكفول له فلا يسقط بوفاة المكفول به، وحقه أن يستوفي مطلوبه من تركة المتوفى، كذلك إذا توفي الكفيل بالنفس فكما يبرأ هو من الكفالة بسقوط الاقتدار على تسليم المكفول به، كذلك يبرأ وارثه مع كفيله إن كان له كفيل، ولا يلزم شيء من تركة الكفيل المذكور؛ لأنه لما كان المكفول به نفسًا فلا يجوز إعطاؤه مالًا بدلًا من النفس، لكن لا تبطل الكفالة بالمال بوفاة الكفيل وتراجع تركته.

أما لو توفي المكفول له فلا يبرأ الكفيل من الكفالة، ولوصي الميت أو وارثه أن يطالب بإحضاره، وعلى هذا التقدير لو سلم الكفيل المكفول به إلى أحد الورثة أو أحد الأوصياء فللباقين حق المطالبة، ولهم أن يطالبوا بتسليم المكفول به لهم على حدة؛ لأنه وإن صحَّ أن يكون أحد الورثة خصمًا في الدعاوى التي للمتوفى، والدعاوى التي عليه، فلذلك الوارث قبض حصته فقط، وليس له قبض حصة غيره من الورثة، لذلك إذا سلم المكفول به لأحد الورثة فلا يسقط حق تسلم الآخرين، كذلك لو كفل أحد بنفس آخر لشخصين، وسلم ذلك الشخص المكفول به لأحدهما برئ من الكفالة تجاه ذلك الشخص فقط ، أما الشخص الثاني فله أن يطالب الكفيل بإحضار المكفول به على حدة[٢].

ويبرأ الكفيل بالنفس بموت المكفول به وبموت الكفيل، ويبرأ بدفعه إلى من كفل له حيث يمكن مخاصمته[٣].

وهذا هو ما تضمنته الفقرة الثانية من المادة (٩٦٣) مدني أردني على ما ذكرناه في شرح المادة السابقة.

***

---

(١) جاء في مجمع الضمانات ٢/ ٥٨١: « ولو مات المكفول له فللوصي أن يطالب الكفيل، ولو لم يكن فلوارثه ». وانظر: المادة (٦٦٦) من مجلة الأحكام العدلية.

(٢) المادة (٦٦٦)، من مجلة الأحكام العدلية.

(٣) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (٥٩٠) الطبعة التمهيدية، القسم الثاني، مجمع البحوث الإسلامية.

الفَصْلُ الثَّالِثُ

في الكفالة بالمال

❁ (مادة ٨٣٦): تصح الكفالة بالمال، سواء كان معلومًا أو مجهولًا، وإنما[١] تصح بالدين الصحيح الثابت في الذمة وهو ما لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء[٢].

الكفالة بالمال جائزة، سواء كان معلومًا كقوله: تكفلت عنه بألف ، أو مجهولًا كقوله: تكفلت عنه بما لك عليه، أو بما يدركك في هذا البيع، يعني من الضمان بعد أن كان دينًا صحيحًا؛ لأن مبنى الكفالة على التوسع، فإنها تبرع ابتداء فيتحمل فيها جهالة المكفول به إذا كانت يسيرة أو غير يسيرة إذا كانت متعارفة، فلا يصح بذلك قول من يقول: إن الضمان بالمجهول لا يصح؛ ويشترط أن يكون المكفول به دينًا صحيحًا، وهو الذي له مطالب من جهة العباد حقًّا لنفسه، والمطلوب لا يقدر على إسقاطه من ذمته إلا بالإيفاء[٣].

جاء في مجمع الضمانات: أن الكفالة بالمال جائزة، معلومًا كان المال المكفول به أو مجهولًا إذا كان دينًا صحيحًا، مثل أن يقول: تكفلت عنه بألف، أو بما لك عليه، أو بما يدركك من شيء في هذا البيع؛ لأن مبنى الكفالة على التوسع فيحتمل الجهالة والدين الصحيح، مثل أثمان البياعات وأروش الجنايات وقيم المستهلكات والقرض والصداق، والمكفول له بالخيار إن شاء طالب الذي عليه الأصل، وإن شاء طالب كفيله؛ لأن الكفالة ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة، وذلك يقتضي قيام الأول لا البراءة عنه، وله أن يطالبهما جميعًا؛ لأن مقتضاها الضم[٤].

وفي المادة (٥٩٦) من مشروع تقنين الشريعة على مذهب أبي حنيفة أنه: « تصح الكفالة بالمال ولو كان مجهول القدر، إذا كانت الجهالة مما جرى بها العرف ».

***

(١) « إنما » ساقطة من طبعة دار الفرجاني والمثبت من طبعة نظارة المعارف وهو الصحيح.

(٢) يستفاد حكمها والتي بعدها من الدر ورد المحتار من أوسط الكفالة ص : ٢٦٢، ٢٦٣، مجمع الضمانات : ٢/ ٥٨٦، ٥٨٧.

(٣) العناية شرح الهداية : ٧/ ١٣٢.

(٤) مجمع الضمانات : ٢/ ٥٨٦، ٥٨٧.

❁ **(مادة ٨٣٧): لا تصح الكفالة بالدين غير الصحيح، إلا بدين النفقة المقدرة للزوجة بالتراضي أو بأمر القاضي**[١].

« لا تصح الكفالة إلا بدين صحيح، وهو ما لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء، فلا تصح بغيره كبدل الكتابة، فإنه يسقط بالتعجيز، ولو كفل بالنفقة المقررة الماضية صحت، مع أنها تسقط بدونهما بموت أحدهما، وكذا لو كفل بنفقة شهر مستقبل، وقد قدر لها في كل شهر كذا، أو بيوم يأتي، وقد قدر لها في كل يوم كما صرحوا به، فإنها صحيحة ».

وفي المادة (٩٥٥) مدني أردني أنه: « تصح الكفالة بنفقة الزوجة والأقارب، ولو قبل القضاء بها أو التراضي عليها ».

***

❁ **(مادة ٨٣٨): إذا كان لشريكين أو أكثر دين على شخص، فلا تصح كفالة أحد من الشركاء حصة صاحبه في الدين المشترك**[٢].

لا تصح الكفالة للشريك بدين مشترك مطلقًا ولو بإرث؛ لأنه لو صح الضمان مع الشركة يصير ضامنًا لنفسه، ولو صح في حصة صاحبه يؤدي إلى قسمة الدين قبل قبضه، وذا لا يجوز، نعم، لو تبرع جاز كما لو كان صفقتين.

وبهذا فإنه لا تصح الكفالة للشريك بدين مشترك[٣].

***

❁ **(مادة ٨٣٩): لا تصح كفالة الوكيل بالثمن عن المشتري فيما باعه له، ولا كفالة الوصي بثمن ما باعه من مال الصغير، ولا كفالة الناظر فيما باعه من مال الوقف.**

لا تصح كفالة الوكيل بالثمن للموكل فيما لو وكل ببيعه؛ لأن حق القبض له بالأصالة فيصير ضامنًا لنفسه، ومفاده أن الوصي والناظر لا يصح ضمانهما الثمن عن المشتري فيما باعاه؛ لأن القبض لهما؛ ولذا لو أبرآه عن الثمن صح وضمنا[٤].

وفي المادة (٩٥٦) من القانون المدني الأردني ما يوافق ذلك، ونصها: « لا تصح كفالة

---

(١) جاء في مجمع الضمانات : ٢/ ٥٨٧، وانظر مختصر أحكام المعاملات الشرعية لعلي الخفيف ص : ٢٢٢، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر : ٢/ ١٣٦، ورد المحتار : ٤/ ٢٥١، المغني : ٥/ ٧٥.

(٢) يستفاد حكم هذه المادة والتي بعدها من الدر من أوسط الكفالة : ٥/ ٣١٣.

(٣) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (٦٠٤) الطبعة التمهيدية؛ القسم الثاني، مجمع البحوث الإسلامية.

(٤) الدر المختار : ٥/ ٣١٢، ٣١٣، ٤/ ٢٧٠.

الوكيل بالثمن عن المشتري فيما باعه له، ولا كفالة الوصي فيما باعه من مال الصغير، ولا كفالة المتولي فيما باعه من مال الوقف ».

***

(مادة ٨٤٠): يجوز للدائن المكفول دينه مطالبة الأصيل، أو مطالبة الكفيل، أو مطالبتهما معًا، وإن كان للكفيل كفيل فللدائن مطالبة من شاء منهما[١].

للمكفول حق المطالبة بدينه على الكفيل متى شاء، سواء تعذر عليه مطالبة الأصيل أو لا، والأصل أن اختيار الطالب تضمين أحدها لا يوجب براءة الآخر، ما لم توجد حقيقة الاستيفاء؛ فلذا يملك مطالبة كل منهما، بخلاف الغاصب وغاصب الغاصب[٢].

فالمكفول له بالخيار إن شاء طالب الذي عليه الأصل، وإن شاء طالب كفيله؛ لأن الكفالة ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة، وذلك يقتضي قيام الأول لا البراءة عنه، إلا إذا شرط فيه البراءة فحينئذ تنعقد حوالة اعتبارًا للمعنى، كما أن الحوالة بشرط أن لا يبرأ بها المحيل تكون كفالة، ولو طالب أحدهما له أن يطالب الآخر، وله أن يطالبهما؛ لأن مقتضاه الضم، بخلاف المالك إذا اختار تضمين أحد الغاصبين؛ لأن اختياره أحدهما يتضمن التمليك منه، فلا يمكنه التمليك من الثاني، أما المطالبة بالكفالة فلا تتضمن التمليك فوضح الفرق[٣].

وإذا تمت الكفالة ثبت للمكفول له حق مطالبة الكفيل بما وقعت الكفالة به عن الأصيل[٤].

وتتفق هذه المادة مع مقررات بعض القوانين المدنية العربية، طبقًا لما عبَّرت عنه المادة (٩٦٧) مدني أردني، ونصها:

١ - « للدائن مطالبة الأصيل أو الكفيل أو مطالبتهما معًا.

٢ - وإن كان للكفيل كفيل، فللدائن مطالبة من شاء منهما.

٣ - على أن مطالبته لأحدهما لا تسقط حقه في مطالبة الباقين ».

وهو ما جاء كذلك في (٧٥٤، ٧٦٣) سوري؛ (١٠٢١) عراقي.

أما القانون المدني المصري فيرتب حق الدائن في الرجوع على الكفيل بعد رجوعه

---

(١) يستفاد حكم الفقرة الأولى من آخر الفصل الثاني في الكفالة بالنفس والمال من الهندية ص : ٢١٥، وحكم الثانية من أوائل الكفالة في رد المحتار : ٥/ ٢٨٤.

(٢) رد المحتار : ٥/ ٢٨٤. (٣) فتح القدير : ٧/ ١٨٢.

(٤) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (٥٨٦) الطبعة التمهيدية، القسم الثاني، مجمع البحوث الإسلامية.

على المدين الأصلي، فإذا رجع الدائن على الكفيل أولًا، كان للكفيل أن يدفع رجوع الدائن عليه بوجوب رجوعه على المدين أولًا، وهذا ما قضت به المادة (٧٨٨) من هذا القانون، والذي يحصل في العمل أن الدائن يرجع على المدين والكفيل معًا في وقت واحد، فلا يكون هناك محل للدفع بوجوب الرجوع على المدين قبل الرجوع على الكفيل.

ويقترب هذا الاتجاه من الفقه المالكي؛ ففي المادة (٣٣٣) من تقنين الشريعة على مذهب مالك أنه: « إذا حل الدين المضمون فليس للدائن أن يطالب الضامن به إن تيسر أخذه من مال المدين، ولو كان المدين غائبًا، إلا إذا اقتضى شرط خلاف ذلك فيعمل به »، وجاء في إيضاح هذه المادة أن: « ما جرينا عليه في النص من أن الأصل عدم مطالبة الضامن بالدين متى تيسر أخذه من المدين، هو القول الذي رجع إليه مالك وأخذ به ابن القاسم، والقول المرجوع عنه: أن رب الدين مخير في مطالبة المدين أو مطالبة الضامن »، وهذا هو ما أخذ به الشافعية والأحناف، وما تبنته المادة (٩٦٧) مدني أردني وما يقابلها في السوري والعراقي.

وقد نصت المادة (٧٩٠) من مشروع القانون المدني المصري طبقًا لأحكام الشريعة على أنه: « لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده، إلا بعد رجوعه على المدين، ويجب على الكفيل أن يتمسك بهذا الحق »[1].

***

❁ (مادة ٨٤١): إذا تعدد الكفلاء بدين، وكان كل منهم قد كفله جميعه على حدته بعقود متعاقبة، يطالب كل منهم بجميع الدين، فإن أدى أحدهم برئ الجميع، وإن كانوا كفلاء عن

---

(١) فيجب على الدائن بمقتضى هذه المادة أن يرجع أولًا على المدين، وذلك قبل أن يرجع على الكفيل، فإذا رجع الدائن على الكفيل أولًا، كان للكفيل أن يدفع رجوع الدائن بوجوب رجوعه أولًا على المدين، ومقتضى هذا أن إلزام الدائن بالرجوع أولًا على المدين مشروط فيه أن يتمسك الكفيل بهذا الدفع، فلا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها.

ويتفق حكم هذه المادة المقترحة مع المذهب المالكي، ويتفق في حالة خاصة مع المذهب الشافعي.

ففي المذهب المالكي نصت المادة (٣٣٣) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك على هذا الترتيب في الرجوع، طبقًا لما ورد ذكره.

ونصت المادة (٣٠٦) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام الشافعي على ما يأتي: « للمستحق مطالبة الضامن والأصيل بالدين اجتماعًا وانفرادًا »، ولكن جاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة ما يأتي: « إذا أفلس الضامن والمضمون عنه، فقال الضامن للحاكم: بع أولًا مال المضمون عنه، وقال المضمون له: أريد بيع مال أيكما شئت، قال الشافعي: أن الضمان بالإذن واجب الضامن، وإلا فالمضمون له ».

بعضهم بجميع الدين بأمره يرجع المؤدي على كل منهم بقدر حصته[١].

إذا تعدد الكفلاء عن شخص واحد فهو صحيح، كفلوا جملة أو على التعاقب؛ لأن موجب عقد الكفالة التزام المطالبة، أي أن يلتزم الكفيل ضم ذمته إلى ذمة الأصيل في المطالبة، والمقصود بشرع الكفالة التوثق، وبالثانية يزداد التوثق، وما يزاد به الشيء لا ينافيه البتة فكان المقتضي لجوازه موجودًا والمانع منتفيًا، فالقول بامتناعه قول بلا دليل، وإذا صحت الثانية لم يبرأ الأول؛ لأنا إنما صححناها ليزداد التوثق، فلو برئ الأول ما زاد إلا ما نقص، فما فرضناه زيادة لم يكن زيادة هذا خلف باطل، وقال ابن أبي ليلى: يبرأ الكفيل الأول؛ لأن التسليم لما وجب على الثاني، فلو بقي واجبًا على الأول كان واجبًا في موضعين، بناء على أصله: أن الكفيل إذا كفل بالدين برئ المطلوب فكذلك هاهنا، والجواب: أن ذلك يخالف الحقيقة اللغوية، والأصل موافقتها ويفضي إلى عدم التفرقة بين الكفالة والحوالة، فإن فيها يبرأ المحيل وذلك باطل[٢].

وإذا كفل ثلاثة رهط بنفس رجل على أن بعضهم كفيل عن بعض؛ كان للطالب أن يأخذ أيهم شاء، فأيهم دفع إلى الطالب برئ الجميع، وبراءة الأصيل توجب براءة الكفيل فيبرأ كل واحد منهم عن كفالة صاحبه[٣].

تعدد الكفيل بالمال جميعه على التعاقب جائز، ويكون كل منهم مطالبًا بالدين جميعه، وما أداه أحدهما لا يرجع بشيء منه على الكفيل الآخر[٤].

وتتفق هذه المادة مع ما ورد في المادة (٨٠٠) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[٥].

والتي تنص على أنه: « إذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم، أو كان كل منهم قد كفل الدين على حدة بعقد مستقلٍّ، ووفَّى أحدهم الدين عند حلوله، كان له أن يرجع على كل من

---

(١) يستفاد حكمها والتي بعدها من الدر ورد المحتار من أوائل كفالة الرجلين : ٥/ ٢٨٤، حيث جاء أنه: « إذا كفل بالدين أكثر من كفيل واحد، فإن كفل به كل واحد بعقد مستقل جاز مطالبة كل واحد منهم به، وأيهم أدى برئ الباقون والأصيل »، وانظر في ذلك أيضًا بدائع الصنائع : ٢/ ١٠، نهاية المحتاج : ٤/ ٤٥٩، المغني : ٥/ ٥٨، شرح مجموع الأمير : ٢/ ١٦٩، الشرح الكبير : ٣/ ٣٠٧.

(٢) العناية شرح الهداية : ٧/ ١٨١.

(٣) المبسوط : ١٩/ ١٨١.

(٤) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (٦٢١) الطبعة التمهيدية، القسم الثاني، مجمع البحوث الإسلامية.

(٥) المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة (٨٠٠) ص : ٣١٦.

الباقين بحصته في الدين، وبنصيبه في حصة المعسر منهم »[١].

وفي المادة (٩٧٤) مدني أردني أنه: « إذا تعدد الكفلاء لدين واحد جازت مطالبة كل منهم بكل الدين، إلا إذا كفلوا جميعًا بعقد واحد، ولم يشترط فيه تضامنهم، فلا يطالب واحد منهم الآخر إلا بقدر حصته ».

***

(مادة ٨٤٢): إذا تعدد الكفلاء بدين قد التزموا به معًا في عقد واحد، فلا يطالب كل منهم إلا بحصته من الدين المكفول، فإن التزم كل منهم منفردًا بجميع ما لزم في ذمة الآخر، فللدائن أن يطالب كلًّا منهم بجميع الدين.

الكفيل لو تعدد لا يلزمه إلا بقدر ما يخصه، كنصف الدين لو كانا اثنين، أو ثلثه لو ثلاثة ما لم يكفلوا على التعاقب فيطالب كل واحد بكل المال، كما ذكره السرخسي[٢].

وفي فتح القدير: « إذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه، كما إذا اشتريا شيئًا بألف درهم وكفل كل واحد منهما عن صاحبه، فما أدى أحدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة »؛ لأن كل واحد منهما في النصف أصيل، وفي النصف الآخر كفيل، ولا معارضة بين ما عليه بحق الأصالة وبحق الكفالة؛ لأن الأول دين والثاني مطالبة، ثم هو تابع للأول فيقع عن الأول، وفي الزيادة لا معارضة فيقع عن الكفالة، ولأنه لو وقع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه أن يرجع؛ لأن أداء نائبه كأدائه فيؤدي إلى الدَّوْر[٣].

---

(١) هذه المادة تقابل المادة (٧٩٦) من مشروع القانون المدني المصري التي تنص على ما يأتي: « إذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم، ووفى أحدهم بالدين عند حلوله، كان له أن يرجع على كل من الباقين بحصته في الدين، وبنصيبه في حصة المعسر منهم ».

وتتناول حالة ما إذا كان كل من الكفلاء قد كفل الدين على حدة بعقد مستقل، وفيها لا يكون الكفلاء مسؤولين على سبيل التضامن، بل يكونون مسؤولين على سبيل التضامم، ولا فرق في الحكم بين حالة التضامن وحالة التضامم، ففي كلتيهما يكون كل كفيل مسؤولًا نحو الدائن عن كل الدين، ويكون كل كفيل مسؤولًا نحو الدائن من كل الدين، وبنصيبه في حصة المعسر.

والمادة الذكورة تتفق مع المادة (٧٦٨) من التقنين الكويتي، والمادتين (١٠٢٤و ١٠٣٢) من التقنين العراقي، والمادتين (٩٧٤ و ٩٧٥) من التقنين الأردني.

ويتفق حكم المادة المذكورة مع أحكام الفقه الإسلامي، انظر في هذه المادة (٣٣٩) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك.

وانظر بدائع الصنائع : ٢/ ١٠، نهاية المحتاج : ٤/ ٤٥٩، المغني : ٥/ ٥٨، ابن عابدين : ٤/ ٢٩٨، ٢٩٩، شرح مجموع الأمير : ٢/ ١٦٩، الشرح الكبير : ٣/ ٣٠٧.

(٢) رد المحتار : ٥/ ٢٨٤.

(٣) فتح القدير : ٧/ ٢٢٩.

وقد نصت المادة (٦٤٧) من مجلة الأحكام العدلية على أنه: « لو كان لدين كفلاء متعددون فإن كان كل منهم قد كفل على حدة يطالب كل منهم بمجموع الدين، وإن كانوا قد كفلوا معًا يطالب كل منهم بمقدار حصته من الدين، ولكن لو كان قد كفل كل منهم المبلغ الذي لزم في ذمة الآخر، فعلى هذه الحال يطالب كل منهم بمجموع الدين، مثلًا: لو كفل أحد آخر بألف ثم كفل ذلك المبلغ غيره أيضًا، فللدائن أن يطالب من شاء منهما ».

وتتفق هذه المادة مع ما ورد في المادة (٧٨٩) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[1]، والتي تنص على أنه:

١ - « إذا تعدد الكفلاء لدين واحد بعقد واحد، وكانوا غير متضامنين فيما بينهم، قسم الدين عليهم، فلا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر حصته في الدين.

٢ - أما إذا كان الكفلاء قد كفل كل منهم الدين على حدة بعقد مستقل، فإنه يجوز للدائن أن يطالب أي واحد منهم بكل الدين، ما لم يكن الكفيل قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم »[2].

***

❁ (مادة ٨٤٣): إذا كان الدين مؤجلًا على الأصيل، وكفل به أحد تأجل على الكفيل أيضًا[3].

عقد الكفالة عقد تابع، والتزام الكفيل تابع لالتزام الأصيل، والتابع تابع؛ ولهذا فإن التزام

---

(١) المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة (٧٨٩) ص : ٣١١.

(٢) هذه المادة تتفق مع المادة (٧٦٢) من مشروع القانون المدني المصري التي تنص على ما يأتي:

١ - « إذا تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد، وكانوا غير متضامنين فيما بينهم، قسم الدين عليهم، ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه في الكفالة.

٢ - أما إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية، فإن كل واحد منهم يكون مسؤولًا عن الدين كله، إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم ».

والمادة المذكورة تتفق مع المادة (١٠٢٤) من التقنين العراقي، ومع المادة (٩٧٤) من التقنين الأردني، ومع المادة (٧٥٩) من التقنين الكويتي، وحكمها يتفق مع أحكام الفقه الإسلامي، فقد نصت المادة (٣٣٩) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك على ما يأتي: إذا تعدد الحملاء لدين واحد واستقل كل واحد منهم بضمانه، فللدائن أن يأخذ جميع دينه من أي واحد منهم ولو تيسر أخذه من غيره، وليس لمن أخذ منه الدين أن يرجع بشيء منه على غيره من الحملاء، وإن لم يستقل كل واحد بالضمان واشترط الدائن عليهم حمالة بعضهم عن بعض، فله أخذ جميع الدين من أي واحد منهم إن تعذر الأخذ من غيره، ويرجع المأخوذ منه على غيره من الحملاء، فإن لم يشترط عليهم حمالة بعضهم عن بعض، أو تعذر الأخذ من الجميع، فإنه يأخذ من كل واحد ما يخصه فقط من قسمة الدين على عددهم، شرح مجموع الأمير : ٢/ ١٦٩، الشرح الكبير : ٣/ ٣٠٧.

(٣) يستفاد من الدر ورد المحتار من أوسط الكفالة ص : ٢٧٤ وكذا المادتان بعدها.

الكفيل لا يجوز أن يكون أشد من الالتزام المكفول، لكن يجوز أن يكون أخف.

وبهذا فإن الدين إن كان مؤجلًا على الأصيل فكفل عنه به الكفيل كفالة مطلقة كان مؤجلًا كذلك على الكفيل، وإن كفل عنه على أن يكون حالًّا عليه لزمه حالًّا؛ لأن الأجل حق له وله إسقاط حقه[١].

وهذا هو المعنى الذي ورد النص عليه في المادة (٩٦٩) مدني أردني، ولفظها أنه: « إذا وقعت الكفالة مطلقة فإن التزام الكفيل يتبع التزام الأصيل، معجلًا كان أو مؤجلًا ».

***

❁ (مادة ٨٤٤): إذا تكفل الكفيل بالدين الحال كفالة مؤجلة تأجل على الكفيل والأصيل، إلا إذا أضاف الكفيل الأجل إلى نفسه، أو اشترط الدائن وقت الكفالة الأجل للكفيل خاصة، ففي هاتين الصورتين لا يتأجل على الأصيل[٢].

تقدم أن عقد الكفالة عقد تابع، وأن التزام الكفيل تابع لالتزام الأصيل، فإذا أجل الدائن دينه على الأصيل سرى التأجيل إلى الكفيل، وكذا لو أجله على الكفيل فإنه يتأجل على الكفيل، وكذا لو تكفل بالحال مؤجلًا أي تأخر عنهما بالأولى، وإن لم يسم الأجل في الكفالة؛ لأن تأجيله على الكفيل تأجيل عليهما، ولأن الطالب ليس له حال الكفالة حق يقبل التأجيل إلا الدين، فبالضرورة يتأجل عن الأصيل بتأجيل الكفيل، أما إذا كانت الكفالة ثابتة قبل التأجيل، فقد تقرر حكمها وهو المطالبة ثم طرأ التأجيل إلى الكفيل، فينصرف إلى ما تقرر عليه بها وهو المطالبة، ويستثنى منه ما إذا أضاف الكفيل الأجل إلى نفسه، بأن قال: أجلني، أو شرط الطالب وقت الكفالة الأجل للكفيل خاصة، فلا يتأخر الدين حينئذ عن الأصيل، كما ذكره في الفتاوى الهندية.

وهذا هو ما جاء في المادة (٩٧٠) مدني أردني، ونصها: « إذا كفل أحدهم بالدين المعجل كفالة مؤجلة تأجل الدين على الكفيل والأصيل معًا، إلا إذا أضاف الكفيل الأجل إلى نفسه، أو اشترط الدائن الأجل للكفيل، فإن الدين لا يتأجل على الأصيل »[٣].

***

(١) مختصر أحكام المعاملات الشرعية لعلي الخفيف ص : ٢٢٥.

(٢) إن كان الدين حالًّا فكفل به شخص كان حالًّا عليه، وإن كفل به على أن يكون مؤجلًا تأجل كذلك على الأصيل لقبول الدائن تأجيله، إلا إذا أضاف الكفيل الأجل إلى نفسه، كأن يقول: على أن يكون مؤجلًا بالنسبة إليَّ، أو قبل الطالب الكفالة على أن يكون الأجل للكفيل وحده، فعندئذٍ لا يتأجل على الأصيل، ويقتصر التأجيل على الكفيل.

(٣) رد المحتار : ٤/ ٢٧٣، بدائع الصنائع : ٦/ ٣.

❁ (مادة ٨٤٥): إذا أجَّل الدائن الدين على الأصيل تأجل على الكفيل وكفيل الكفيل، وإن أجَّله على الكفيل الأول يتأجل على الكفيل الثاني، ولا يتأجل على الأصيل[١].

تقدم أن التزام الكفيل تابع لالتزام الأصيل، والتابع تابع، فإن أبرأ الطالب الأصيل أو أخَّر الطالب عنه بأن أجل دينه برئ الكفيل في الصورة الأولى، وتأخر الدين عن الكفيل في حقه أيضًا؛ لأنه ليس عليه إلا المطالبة، وهي تبع للدين فتسقط بسقوطه، وتتأخر بتأخيره.

وفي القنية: براءة الأصيل إنما توجب براءة الكفيل إذا كانت بالأداء، أو بالإبراء فإن كانت بالحلف فلا، وإن أبرأ الطالب الكفيل أو أخر الدين عنه - أي عن الكفيل - لا يبرأ الأصيل ولا يتأخر عنه أي عن الأصيل؛ إذ الأصل فيه أن الأصول لا تتبع الفروع في الوصف، ولا يلزم عكس الموضوع، فإن كفل بالدين الحال مؤجلًا إلى وقت، أي إلى شهر مثلًا يتأجل عن الأصيل أيضًا؛ لأنه لا مطالبة على الكفيل حال وجود الكفالة فانصرف الأجل إلى الدين كما في التبيين[٢].

وقد نصت المادة (٦٥٥) من مجلة الأحكام العدلية على أنه: « لو أجَّل الدائن دينه في حق الأصيل يكون مؤجلًا في حق الكفيل وكفيل الكفيل أيضًا، والتأجيل في حق الكفيل الأول تأجيل في حق الكفيل الثاني أيضًا ، وأما تأجيله في حق الكفيل فليس بتأجيل في حق الأصيل »[٣].

وقد جاء في المادة (٩٦٩) مدني أردني أنه: « إذا وقعت الكفالة مطلقة فإن التزام الكفيل يتبع التزام الأصيل، معجلًا كان أو مؤجلًا ».

***

❁ (مادة ٨٤٦): إذا أدى الكفيل ما كفل به من ماله، فله الرجوع بما أدى على الأصيل، إن كانت الكفالة بأمر الأصيل، وكان الأصيل ممن يجوز إقراره على نفسه، فلا يرجع على صبي محجور[٤].

إذا أدى الكفيل كان له حق الرجوع على الأصيل إن كانت الكفالة بأمره وكان أمره معتبرًا،

---

(١) إذا كان الدين المكفول به حالًّا فأجله الدائن على الأصيل تأجل على الكفيل تبعًا، وإذا أجله للكفيل لم يتأجل على الأصيل، وإذا كان الدين مؤجلًا فتنازل الأصيل عن الأجل لم يلزم ذلك الكفيل، كما لا يلزم ذلك الأصيل إذا كان التنازل عن الأجل من الكفيل، انظر مختصر أحكام المعاملات الشرعية ص : ٢٢٥، وعلى هذا أيضًا نصت المادة (٦٥٥) من مجلة الأحكام العدلية.

(٢) مجمع الأنهر : ٢/ ١٣٤.

(٣) المادة (٦٥٥) من مجلة الأحكام العدلية.

(٤) يستفاد من الدر من أوسط الكفالة ص : ٢٧١.

بأن كان بالغًا عاقلًا، فإن كان صبيًّا مميزًا لم يعتد بأمره.

وقد يكون الأمر صراحة كقوله: اكفل عني، وقد يكون حكميًّا، كما إذا كفل الأب عن ابنه الصغير لزوجته مهرها، فله الرجوع في ماله إذا أدى عنه؛ لأنه ولي عنه فكانت كفالته كأنها بالأمر[١].

وقد جاء في المادة (٦٠٦) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان أنه: « إذا كانت الكفالة بأمر المكفول عنه وكانت له أهلية التصرف رجع الكفيل عليه بما أدى، وإن كانت بغير أمره لا يرجع »[٢].

---

(١) مختصر أحكام المعاملات الشرعية ص : ٢٢٦، ورد المحتار : ٥/ ٣١٤، وبدائع الصنائع : ٦/ ١٣، ١٥، ونهاية المحتاج : ٤/ ٤٥٩ وما بعدها، والمغني : ٥/ ٨٩، والمادة (٦٤١، ٦٥٧).

(٢) لا تصح الكفالة عند الأحناف إلا إذا كانت بأمر المكفول عنه ورضاه، وهو ما جاء في المادة (٦٠٦) من تقنين الشريعة على مذهب أبي حنيفة، خلافًا لما ذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة؛ إذ تصح الكفالة عندهم دون رضا المدين؛ فقد نصت المادة (٣٣) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك على ما يأتي: « يصح ضمان الدين مع عدم علم الضامن عند الضمان بقدره أو بصاحبه، ويصح أيضًا ضمانه بغير إذن المدين »، وجاء في إيضاح هذه المادة ما يأتي: « وما جرينا عليه في النص من صحة ضمان المدين بدون إذنه هو نص المدونة وغيرها؛ لأنه من باب المعروف والرفق بالمدين فلا يتوقف على إذنه » الشرح الكبير وحاشيته : ٣/ ٣٠١.
ونصت المادة (٢٨٧) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام الشافعي على ما يأتي: « لا يشترط رضا المضمون عنه ولا معرفته ».

ونصت المادة (١٩٩) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل على ما يأتي: « يشترط لصحة الضمان رضا الضامن لا المدين أو الدائن »؛ وجاء في إيضاح هذه المادة أنه: « يشترط لصحة الضمان رضا الضامن لا المدين أو الدائن » لأنه التزام مال فلا يصح بغير رضا الملتزم، ولا يعتبر رضا المدين أو الدائن؛ لأن أبا قتادة ضمن الميت بغير رضا الدائن، وأقره النبي ﷺ؛ ولأنه لو قضى الدين عن غيره بغير إذنه ورضاه صح، فكذا إذا ضمن عنه، كما لا يشترط لصحة الضمان معرفة الضامن للمدين أو الدائن؛ لأنه لا يعتبر رضاهما، ولأنه تبرع بالتزام مال فلم تعتبر معرفة من يتبرع له به كالنذر ، ونصت المادة (٢٢٤) من هذا المشروع على ما يأتي: يشترط في الكفالة ما يأتي: رضا الكفيل، لا المكفول له، ولا المكفول به » وجاء في إيضاح هذه المادة ما يأتي: ولا يعتبر رضا المكفول له؛ لأنها وثيقة له لا قبض فيها، فصحت من غير رضاه كالشهادة، ولأنها التزام حق له من غير عوض فلم يعتبر رضاه فيها كالنذر.

وتوافق المادة (٨٠٠) من مشروع القانون المدني المصري مذهب جمهور الفقهاء في عدم اشتراط رضا المكفول لصحة الكفالة، ونصها:
١ - « للكفيل الذي وفَّى الدين أن يرجع على المدين، سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغير علمه.
٢ - ويرجع بأصل الدين وبالفوائد والمصروفات، على أنه في المصروفات لا يرجع إلا بالذي دفعه من وقت إخباره المدين الأصلي بالإجراءات التي اتخذت ضده.
٣ - ويكون للكفيل الحق في الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه من يوم الدفع ».
أما حكم الفقرة الثانية من المادة المذكورة فإنه يتفق مع القواعد المقررة في الفقه الإسلامي، فرجوع الكفيل بأصل =

وتتفق هذه المادة مع بعض اتجاهات القوانين المدنية العربية فيما عبرت عنه المادة (٩٧٩) مدني أردني، ونصها:

١ - « ليس للكفيل أن يرجع على الأصيل بشيء مما يؤديه عنه، إلا إذا كانت الكفالة بطلبه أو موافقته وقام الكفيل بأدائها.

٢ - وليس له أن يرجع بما عجل أداءه من الدين المؤجل، إلا بعد حلول الأجل ».

وهي تقابل المواد (٧٦٦) سوري و (١٠٣٣، ١٠٣٧) عراقي.

وتتضمن هذه المواد اشتراط رضا المكفول لصحة الكفالة، وثبوت حق الكفيل في الرجوع على الأصيل بالاتفاق مع المذهب الحنفي.

وقد نصت المادة (٨٠٢) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية على أنه:

١ - « للكفيل الذي وفَّى الدَّين أن يرجع على المدين، سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغير علمه أو رغم معارضته.

٢ - ويرجع بأصل الدين ومصروفات المطالبة الأولى، والمصروفات التي أنفقها من وقت إخطاره المدين بالإجراءات التي اتخذت ضده، وله فوق ذلك أن يرجع بالتعويض ».

والمادة (٨٠٣) من هذا المشروع تنص على أنه: « إذا وفَّى الكفيل الدين، حلَّ محل الدائن في جميع ماله من حقوق قبل المدين، ولكن إذا لم يوف إلا بعض الدين فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفي الدائن كل حقه من المدين »[١].

***

(مادة ٨٤٧): ليس للكفيل مطالبة الأصيل بالدين المكفول به قبل أن يؤديه للدائن المكفول له ولو كانت الكفالة بأمر الأصيل[٢].

الكفيل بالمال ليس له أن يطالب المكفول به عنه قبل أن يؤدي عنه؛ لأن الموجب للمطالبة

= الدين قاعدة مقررة في هذا الفقه بداهة، انظر في هذه المادة (٦٠٦) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة والمادة (٣١١) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام الشافعي، وقد تقدم ذكر هذه المواد، أما رجوع الكفيل بما أنفقه من مصروفات وبالتعويض عما لحقه من ضرر، فإن هذه المبالغ تعتبر من توابع الدين.

(١) هذه المادة تطابق المادة (٧٩٩) من مشروع القانون المدني المصري.

(٢) يستفاد من الدر من أوسط الكفالة ٥/ ٣١٥ حيث جاء: « ولا يطالب كفيل أصيلًا بمال قبل أن يؤدي الكفيل عنه؛ لأن تملكه بالأداء ».

هو التمليك، وهو لا يملكه قبل الأداء فانتفى الموجب، بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الأداء؛ لأن الموجب قد وجد في حقه حيث انعقدت بين الموكل والوكيل مبادلة حكمية؛ ولهذا وجب التحالف إذا اختلفا في مقدار الثمن، وللوكيل ولاية حبس المشتري عن الموكل لأجل الثمن كالبائع، والمبادلة توجب الملك الموجب لجواز المطالبة، فإذا لوزم الكفيل بالمال له أن يلازم المكفول عنه، إذا لم يكن للمكفول عنه مثل الدين في ذمة الكفيل؛ لأنه هو الذي أوقعه في هذه الورطة فعليه خلاصه، وكذا إذا حبسه كان له أن يحبسه إذا كانت الكفالة بأمره، وقال الشافعي - رحمه الله -: ليس له ذلك؛ لأنه لا يتعلق له حق على الأصيل قبل الأداء، وقلنا: هو مورط فعليه الخلاص[1].

وللمكفول له حبس الأصيل والكفيل وكفيل الكفيل إذا كفل بأمره، ولم يكن على الكفيل للمطلوب دين مثله، ولم يكن المطلوب من أصول الطالب[2].

***

(مادة ٨٤٨)[3]: إذا كان المكفول به دينًا مؤجلاً فدفعه الكفيل للدائن معجلاً فلا يرجع به على الأصيل ولو كانت الكفالة بأمره إلا[4] عند حلول الأجل[5].

الكفيل بالدين المؤجل إذا أدى قبل حلول الأجل لا يرجع على المكفول عنه حتى يحل الأجل[6]؛ لأن الأجل حق المدين فلا يملك الكفيل إسقاطه، وهذا هو ما جاء في الفقرة الثانية من المادة (٩٧٩) مدني أردني، ونصها: « وليس له (أي للكفيل) أن يرجع بما عجل أداءه من الدين المؤجل إلا بعد حلول الأجل ».

***

(مادة ٨٤٩): إذا مات الأصيل وكان الدين مؤجلًا يصير مستحق الأداء حالًا في حق نفسه، ويكون للدائن المكفول له أخذه من تركته لا من الكفيل[7].

لو كان المال إلى أجل وبه كفيل، فإن مات الأصيل فقد حل المال عليه، ولا يحل على

(١) العناية شرح الهداية : ٧/ ١٩٢.

(٢) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان :المادة (٦٠٧) - الطبعة التمهيدية، القسم الثاني، مجمع البحوث الإسلامية.

(٣) ذكر رقم هذه المادة خطأ في طبعة دار الفرجاني : ٨٥٧ والمثبت هو الصحيح.

(٤) « إلا » ساقطة من طبعة دار الفرجاني والمثبت من طبعة نظارة المعارف وهو الصحيح.

(٥) يستفاد من الدر من أوسط الكفالة ص : ٢٧٥.

(٦) مجمع الضمانات ص : ٢٧٩.

(٧) يستفاد حكم هذه المادة واللتين بعدها من الدر أوسط الكفالة : ٥/ ٣١٩، حيث جاء: « إذا توفي المكفول له =

الكفيل حتى يمضي الأجل؛ لأن الأصيل استغنى بموته عن الأجل، والكفيل محتاج إليه، وحلوله على الأصيل لا يمنع كونه مؤجلًا على الكفيل، كما لو كفل الكفيل بمال هو حال على الأصيل مؤجلًا إلى سنة، ولو كان الميت هو الكفيل فقد حل المال عليه؛ لوقوع الاستغناء عن الأجل، ويؤخذ من تركته في الحال، ثم لا يرجع ورثته على الأصيل قبل أن يحل الأجل عندنا، وقال زفر: يرجعون على الأصيل في الحال؛ لأنهم أدوا دينًا عليه بعد توجه المطالبة فيه شرعًا بحكم الكفالة عنه بأمره فيرجعون إليه؛ وهذا لأن الكفيل يصير بمنزلة المقرض لما أدى عن الأصيل، فيستوجب الرجوع به عليه في الحال، إلا إذا قصد إثبات حق الرجوع لنفسه بتعجيله قبل حل الأجل، ولم يوجد إذا كان سقوط الأجل حكمًا لموته، ولكنا نقول بالكفالة كما وجب المال للطالب على الكفيل، مؤجلًا، والأصيل باق منتفع بالأجل، فكما بقي المال مؤجلًا في حق الطالب بعد موت الكفيل فكذلك في حق الكفيل للطالب قبل حلول الأجل فإنه لا يرجع على الأصيل حتى يحل الأجل، فهذا مثله[1].

وهذا هو ما جاء في المادة (٩٧٣) مدني أردني، ونصها: « إذا مات الكفيل أو المدين قبل حلول الدين المؤجل استحق الدين في تركة من مات ».

***

❁ (مادة ٨٥٠): إذا مات الكفيل وكان الدين مؤجلًا يحل دفعه بموته في حق نفسه، ويكون للدائن أخذه من تركته، فإذا أداه وارث الكفيل للدائن فلا يرجع على الأصيل لو الكفالة بأمره إلا عند حلول الأجل.

إذا توفي المدين أو الكفيل، وكان الدين مؤجلًا حلَّ الدين بالنسبة للمتوفى منهما، فإن كان الأصيل، كان للدائن أخذه من تركته، وبأخذه يبرأ الكفيل، وإن كان الكفيل، كان للدائن أخذه من تركته، وللورثة أن يرجعوا على الأصيل إذا كانت الكفالة بأمره وكان حالًّا، فإن كان مؤجلًا انتظروا حلول الأجل[2].

وقد نصت المادة (٦٧٠) من مجلة الأحكام العدلية على أنه: « لو مات الكفيل بالمال يطالب بالمال المكفول به من تركته، ويبرأ الكفيل بالمال من الكفالة بموته، فيكون مطالبًا

=لم يكن لوفاته أثر، وحل وارثه محله في المطالبة ». انظر في ذلك مختصر أحكام المعاملات ص : ٢٢٦، مجمع الضمانات : ٢/ ٥٨١.

(١) المبسوط : ٢٠/ ٩٦، والمادة (٧٦٠) من مجلة الأحكام العدلية ورد المحتار : ٤/ ٢٧٥، والمغني : ٥/ ٨١، ونهاية المحتاج : ٤/ ٤٥٨.

(٢) مختصر أحكام المعاملات الشرعية ص : ٢٢٦.

بالمال المكفول به من تركته إن كانت له تركة؛ لأن الكفالة المالية لا تبطل كالنفسية بوفاة الكفيل؛ لأن وفاء حكم الكفالة بعد وفاة الكفيل ممكن، وعلى ذلك فلو استوفى الدائن دينه من تركة الكفيل فلورثة الكفيل الرجوع بعدئذ على المكفول عنه به، إذا كانت الكفالة بالأمر أما إذا لم توجد تركة للكفيل فلا تجبر الورثة على أداء الدين من مالهم ».

وقد تقدم في شرح المادة السابقة نص المادة (٩٧٣) مدني أردني التي تضمنت التعبير عن هذا المعنى.

***

(مادة ٨٥١): إذا مات الأصيل والكفيل معًا، فللطالب الخيار في أخذه حالًّا من أي التركتين شاء.

إن ماتا معًا كان للدائن أخذ الدين من أي التركتين أراد، فإن أخذه في تركة الأصيل برئت تركة الكفيل، وإن أخذه من تركة الكفيل كان لورثته الرجوع في تركة الأصيل، إذا كان له حق الرجوع، وإن مات أحدهما ولم يترك شيئًا رجع الدائن على التركة الموجودة[١].

والدين المؤجل إذا حل على الكفيل بموته لا يحل على الأصيل، كما لا يحل بموت الأصيل، وإذا ماتا خير الطالب في أخذه من أي التركتين[٢]؛ لأن ذمة كل منهما مشغولة بالمطالبة بالدين.

***

(مادة ٨٥٢): يسقط الدين عن الميت المفلس، إلا إذا كان به كفيل حال حياته أو رهن[٣].

لا تجوز الكفالة عن ميت لم يترك مالًا وعليه ديون، وهذا عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: يجوز؛ لما روي أنه - عليه الصلاة والسلام - أتي بجنازة رجل من الأنصار ليصلي عليها فقال: « **هل عليه دين؟** » فقالوا: لا، قال: « **هل ترك شيئًا؟** » قالوا: نعم، فصلى عليه، وأتي بجنازة فقال: « **هل عليه دين؟** » قالوا: نعم، قال: « **هل ترك شيئًا؟** » قالوا: نعم، فصلى عليه، وأتي بجنازة فقال: « **هل عليه دين؟** » قالوا: نعم، « **قال هل ترك شيئًا؟** » قالوا: لا، قال: « **صلوا على صاحبكم**»، قال أبو قتادة ﷺ: هو علي يا رسول اللَّه فصلى عليه رسول اللَّه[٤] ولأن

---

(١) مختصر أحكام المعاملات ص : ٢٢٦.

(٢) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (٦١٣) الطبعة التمهيدية، القسم الثاني، مجمع البحوث الإسلامية.

(٣) يستفاد من الدر من أوسط الكفالة ٥/ ٣١٢ حيث جاء: « ولا تصح بدين ساقط، ولو من وارث عن ميت مفلس، إلا إذا كان به كفيل أو رهن ».

(٤) سنن البيهقي الكبرى : ٦/ ٧٢ برقم (١١١٧٧).

الدين واجب عليه في حياته، وهو لا يسقط إلا بالإيفاء أو الإبراء أو انفساخ سبب الوجوب، ولم يوجد شيء من ذلك فلم يسقط.

ولهذا يبقى في حق حكم الآخرة، ولو تبرع به إنسان صح، ولو لم يكن عليه دين لما جاز للطالب أخذه من المتبرع، وكذا يبقى إذا كان به كفيل، أو ترك مالًا، وله أنه كفل بدين ساقط؛ لأن الدين هو الفعل حقيقة، يقال: وجب عليه الدين أي أداؤه، كما يقال: وجب عليه الصلاة ويراد به الأداء، والأداء لا يتصور من الميت فسقط، سواء كان له مال أو لم يكن له مال في حق أحكام الدنيا.

وصحة الكفالة تقتضي قيام الدين في حق أحكام الدنيا ليصح تحقيق معنى الكفالة، وهو ضم الذمة إلى الذمة في حق وجوب المطالبة، والمطالبة ساقطة عن الأصيل، فلا يمكن إيجابها على الكفيل تبعًا؛ إذ لا يضم الموجود إلى المعدوم؛ إلا أنه في الحكم مال؛ لأنه يئول إليه؛ إذ الوجوب لأجله، وقد عجز عن الأداء بنفسه وبخلفه من المال والكفيل ففات المقصود، وهو الاستيفاء فلا يبقى، والتبرع لا يعتمد قيام الدين؛ لأنه تبرئة في حق الآخرة، ولأن الدين باق في حق الطالب؛ لأنه أمر بينهما.

وأما الكفالة فأمر بين الكفيل والأصيل؛ لأنه التزم ما على الأصيل، وما روياه كان إقرارًا منه بأنه كان كفيلًا عنه قبل الموت، ويحتمل أن يكون وعدًا منه لا كفالة، فحاصله أنه حكاية حال، فلا يمكن الاحتجاج به، ولا يقال: لو سقط الدين لبرئ الكفيل؛ لأن براءته توجب براءة الكفيل، فلما لم يبرأ علم أن عليه دينًا، فيجوز ابتداء الكفالة به أيضًا؛ لأنا نقول: الكفيل خلف عنه فلا يبرأ، أو نقول: الدين في حق الطالب لا يسقط؛ لأن سقوطه ضروري فلا يتعدى المطلوب[1]، وفي المادة (٦٠٢) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب أبي حنيفة أنه:

« ولا تصح الكفالة بدين ساقط عن ميت مفلس، إلا إذا كان به كفيل حال حياته، أو ظهر له مال، أو لحقه دين بعد موته ».

***

❁ (مادة ٨٥٣)[2]: للكفيل بالنفس أو المال إن كانت كفالته حالَّة أن يمنع الأصيل من السفر إن كانت الكفالة بأمره، ولا يمكنه منه حتى يخلصه منها بتسليم نفسه للطالب في كفالة

---

(١) تبيين الحقائق : ٤/ ١٦٠.

(٢) ذكر رقم هذه المادة خطأً في طبعة دار الفرجاني : ٧٥٢.

النفس، أو بدفع الدين إلى الطالب إن كانت الكفالة بالمال[1].

للكفيل منع الأصيل من السفر لو كفالته حالة ليخلصه منها بأداء أو إبراء، وفي الكفيل بالنفس يرده إليه كما في الصغرى، أي لو بأمره، ويكون بأمره لأن الكفيل بلا أمر متبرع ليس له مطالبة الأصيل بمال ولا نفس، حتى إنه لا يأثم بالامتناع من تسليم نفسه معه.

وقد جاء ذلك في المادة (٩٨٤) مدني أردني، ونصها: « للكفيل بالمال أو النفس أن يطلب من المحكمة منع المكفول من السفر خارج البلاد، إذا كانت الكفالة بأمره، وقامت دلائل يخشى معها إلحاق الضرر بالكفيل ».

***

(١) يستفاد من الدر ورد المحتار من أواخر الكفالة : ٥/ ٣٣٣، انظر المادة (٦٥٦) من المجلة العدلية، نهاية المحتاج : ٤/ ٤٦٠، والمغني : ٥/ ٩٠.

الفَصْلُ الرَّابِعُ

في الإبراء من كفالة المال

❁ (مادة ٨٥٤): أداء الأصيل أو الكفيل المال المكفول به يوجب براءة الأصيل والكفيل وكفيل الكفيل[1].

إذا أبرأ الطالب المكفول عنه أو استوفى منه برئ الكفيل، سواء ضمن بأمره أو بغير أمره؛ لأن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل؛ لأن الكفيل إنما ضمن ما في ذمة الأصيل، فإذا أدَّى ما في ذمته أو أبرأه منه لم يبقَ في ذمته شيء تعود الكفالة إليه، ويشترط قبول المكفول عنه البراءة، فإن ردها ارتدت، وهل يعود الدين على الكفيل؟ قال بعضهم: يعود، وقال بعضهم: لا يعود، ولو مات المكفول عنه قبل القبول يقوم ذلك مقام القبول، وكذا إذا أخر الطالب عن الأصيل فهو تأخير عن كفيله، وإن أخر عن الكفيل لم يكن تأخيرًا عن الأصيل؛ لأن التأخير إبراء مؤقت، فيعتبر بالإبراء المؤبد، والأصل أن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل، وبراءة الكفيل لا توجب براءة الأصيل، إلا أنه إذا أبرأ الأصيل يشترط قبوله البراءة أو يموت قبل القبول أو الرد، فيقوم ذلك مقام القبول، ولو رده ارتد ودين الطالب على حاله.

وإن أبرأ الكفيل صح الإبراء، سواء قبل البراءة أو لم يقبل، ولا يرجع على الأصيل بشيء، وإن وهب له الدين أو تصدق به عليه فلا بد من القبول، فإذا قبل كان له أن يرجع على الأصيل كما إذا أدى ، ولو قال الطالب للكفيل: برئت إلي، صار كأنه أقر باستيفاء الدين ، وإن قال: أبرأتك برئ الكفيل ولا يبرأ الأصيل ، وإن قال: برئت، ولم يقل: إلي، قال أبو يوسف: هو كقوله: برئت إلي، يبرأ الكفيل والأصيل جميعًا، ولا يرجع على الأصيل ، وقال محمد: هو كقوله: أبرأتك، يبرأ الكفيل خاصة دون الأصيل[2].

وفي المادة (٦١٠) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب أبي حنيفة أن أداء الأصيل يوجب براءة الكفيل، وتقرر المادة (٦٦٢) من المجلة العدلية أن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل.

وهذا هو الاتجاه الذي عبرت عنه القوانين المدنية العربية، ففي الفقرة الأولى من المادة

---

(١) يستفاد من الدر من أوسط الكفالة ٥/ ٣١٧ حيث جاء: « وبرئ الكفيل بأداء الأصيل إجماعًا، إلا إذا برهن على أدائه قبل الكفالة، فيبرأ فقط كما لو حلف ».

(٢) الجوهرة النيرة : ١/ ٣١٤.

(٧٨٢) مدني مصري أنه يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين.

***

(مادة ٨٥٥): إبراء الدائن الأصيل يوجب براءة الكفيل[1].

القاعدة: أن التزام الكفيل تابع لالتزام الأصيل، فإذا برئ الأصيل بالأداء أو الإبراء برئ الكفيل، لكن إبراء الكفيل لا يوجب براءة الأصيل؛ وذلك لأن الدين على الأصيل لا على الكفيل، فكان إبراء الأصيل إسقاط الدين عن ذمته، فإذا سقط الدين عن ذمته يسقط حق المطالبة ضرورة؛ لأن المطالبة بالدين ولا دين محال، فأما إبراء الكفيل فإبراؤه عن المطالبة لا عن الدين؛ إذ لا دين عليه، وليس من ضرورة إسقاط حق المطالبة عن الكفيل سقوط أصل الدين عن الأصيل، لكن يخرج الكفيل عن الكفالة؛ لأن حكم الكفالة حق المطالبة على الكفيل، فإذا سقط تنتهي، إلا أن إبراء الأصيل يرتد بالرد، وكذا الهبة منه أو التصدق عليه.

وإبراء الكفيل لا يرتد بالرد والهبة منه والتصدق عليه، وإذا ارتدت هذه التصرفات برد الأصيل عاد الدين إلى ذمته، وهل تعود المطالبة بالدين إلى الكفيل؟ اختلف المشايخ فيه، ولو أبرأ الأصيل أو وهب منه بعد موته فرد ورثته يرتد عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد لا يرتد، وجه قوله: أن هذا بمنزلة ما لو أبرأه حال حياته ثم مات قبل الرد، وهناك لا يرتد برد الورثة فكذا هذا، ولهما أن إبراءه بعد موته إبراء لورثته؛ لأنهم يطالبون بدينه من ماله بعد موته، وإبراء الورثة يرتد بردهم، بخلاف حال الحياة؛ لأنهم لا يطالبون بدينه بوجه، فاقتصر حكم الإبراء عليه فلا يرتد برد الورثة.

وكذا لو قال الطالب للكفيل: برئت إليَّ من المال؛ لأن هذا إقرار بالقبض والاستيفاء؛ لأنه جعل نفسه غاية لبراءته، والبراءة التي هي غايتها نفسه هي براءة القبض والاستيفاء، وبرئا جميعًا؛ لأن استيفاء الدين يوجب براءتهما جميعًا، فيرجع الكفيل على الأصيل إذا كانت الكفالة بأمره لما ذكرنا، ولو قال: برئت من المال، ولم يقل: إلي، فكذلك عند أبي يوسف، وهذا وقوله: برئت إلي سواء عنده، وعند محمد: يبرأ الكفيل دون الأصيل، وهذا وقوله: أبرأتك سواء عنده، ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بشرط؛ لأن البراءة فيها معنى التمليك، والتمليك لا يحتمل التعليق بالشرط، ولو أحال الكفيل الطالب بمال الكفالة على

---

(١) جاء في الدر المختار ٥/ ٣١٧ : « ولو أبرأ الطالب الأصيل، أو أخر عنه أي أجله برئ الكفيل تبعًا للأصيل، إلَّا كفيل النفس »، وانظر مجمع الضمانات : ٢/ ٥٩٦.

رجل، وقبله الطالب فالمحتال عليه يخرج عن الكفالة عند أصحابنا الثلاثة، وكذا إذا أحاله المطلوب بمال الكفالة على رجل وقبله؛ لأن الحوالة مبرئة عن الدين والمطالبة جميعًا عند عامة مشايخنا، وعند بعضهم: مبرئة عن المطالبة، وإبراء الكفيل والأصيل مخرج عن الكفالة؛ لما ذكرنا، وعند زفر: لا يخرج الكفيل عن الكفالة بالحوالة؛ لأن الحوالة عنده ليست بمبرئة أصلًا، وكذلك الكفيل يخرج عن الكفالة بالصلح، كما يخرج بالحوالة بأن يصالح الكفيل الطالب على بعض المدعى؛ لأن الصلح على جنس المدعى إسقاط بعض الحق، فكان فيه معنى الإبراء، وعلى خلاف الجنس معاوضة، فكان في معنى الإبراء، وكل ذلك يخرج عن الكفالة[1].

وإذا أبرأ الطالب الأصيل أو أجلَه وقبل الأصيل، برأ كل من الأصيل والكفيل، وتأجَّل في حقهما، وفي المادة (٥٩٤) من تقنين الشريعة على مذهب أبي حنيفة أنه: « يبرأ الكفيل بإبراء الأصيل ».

***

(مادة ٨٥٦): لا تلزم براءة الأصيل ببراءة الكفيل، فلو أبرأ الدائن الكفيل فلا يبرأ الأصيل[2].

تقدم في شرح المادة السابقة: أنه إذا أبرأ الطالب المكفول عنه أو استوفى منه برئ الكفيل؛ لأن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل، لا العكس، وإن أبرأ الكفيل لم يبرأ الأصيل عنه؛ لأنه تبع، ولأن عليه المطالبة، وبقاء الدين على الأصيل بدونه جائز، وكذا إذا أخر الطالب عن الأصيل فهو تأخير عن الكفيل، ولو أخر عن الكفيل لم يكن تأخيرًا عن الأصيل؛ لأن التأخير إبراء موقت فيعتبر بالإبراء المؤبد، بخلاف ما إذا كفل بالمال الحال مؤجلًا إلى شهر فإنه يتأجل عن الأصيل؛ لأنه لا حق له إلا الدين حال وجود الكفالة فصار الأجل داخلًا فيه، أما هاهنا فبخلافه[3].

وفي المادة (٦١٢) من مشروع تقنين الشريعة على مذهب أبي حنيفة أنه: « إذا أبرأ الطالب الكفيل، فيبرأ الكفيل فقط وإن لم يقبل، وإن أجله إن قبل الكفيل التأجيل تأجل في حقه فقط.

وهذا هو ما عبرت عنه المادة (٩٨٧) مدني أردني، ونصها: « تنتهي الكفالة بأداء الدين

---

(١) بدائع الصنائع : ٦/ ١١.

(٢) جاء في رد المحتار ٥/ ٣١٨ : « لو أبرأ الكفيل أو أخر عنه، أي أجله بعد الكفالة بالمال حالًا لا يبرأ الأصيل ولا يتأخر عنه ».

(٣) العناية شرح الهداية : ٧/ ١٩٣.

أو تسليم المكفول به، وبإبراء الدائن للمدين أو كفيله من الدين ».

***

❁ (مادة ٨٥٧): إذا مات الدائن المكفول دينه وانحصر ميراثه في المديون برىء كفيله من الكفالة، فإن كان للدائن وارث آخر برىء الكفيل من حصة المديون، لا من حصة الوارث الآخر[١].

إذا توفي الدائن وانحصر ميراثه في المدين برئ الكفيل، فإن كان من الورثة برئ بقدر ما يسقط عنه من الدين[٢].

وهذا هو ما جاء في المادة (٩٩٠) مدني أردني، ونصها: « إذا مات الدائن وانحصر إرثه في المدين برئ الكفيل من الكفالة، فإن كان له وارث آخر برئ الكفيل من حصة المدين فقط ».

***

❁ (مادة ٨٥٨): إحالة الأصيل غريمه بالدين المكفول على آخر حوالة مقبولة من المحيل والمحال والمحال عليه، توجب براءة الأصيل والكفيل وكفيل الكفيل[٣].

إذا أحال المدين دائنًا على آخر حوالة مقبولة برئ بذلك الكفيل؛ لأنها توجب براءة المدين فيبرأ كفيله تبعًا له[٤].

وهذا هو ما جاء في المادة (٩٩٢) مدني أردني، ونصها: « إذا أحال الكفيل أو الأصيل الدائن بالدين المكفول به أو بجزء منه على آخر حوالة مقبولة من المحال له والمحال عليه برئ الأصيل والكفيل، في حدود هذه الحوالة ».

***

❁ (مادة ٨٥٩): إذا استحق المبيع برئ الكفيل من الثمن الذي كان ضامنًا له[٥].

لو استحق المبيع برئ الكفيل بالثمن الواجب على المدين وهو المشتري، ولو رده على البائع بعيب بقضاء أو بغيره، أو بخيار رؤية أو شرط برئ الكفيل؛ لأنه إذا ظهر المبيع مستحقًّا للغير تبين أن الثمن غير واجب على المشتري[٦] وهو المدين، فإذا برئ من الدين

---

(١) يستفاد حكم الفقرة الأولى من رد المحتار من أوسط الكفالة ص : ٢٧٣.

(٢) مختصر أحكام المعاملات الشرعية ص : ٢٢٧.

(٣) يستفاد حكمها من أوسط الكفالة من تنقيح الحامدية ص : ٣٣٥.

(٤) مختصر أحكام المعاملات الشرعية : ٢٢٧.

(٥) يستفاد حكمها من أواخر الكفالة من تنقيح الحامدية ص : ٣٣٧.

(٦) الدر المختار : ٥/ ٣١٠.

برئ الكفيل كذلك، والقاعدة العامة في هذا الصدد أن الكفيل يبرأ إذا برئ المدين، وقد عبرت الفقرة الأولى من المادة (٧٨٢) مدني مصري عن هذا المعنى، ولفظها: « يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يتمسك بها المدين »، وهو كذلك ما جاء في المادة (٩٨٨) مدني أردني، ولفظها: « الكفيل بثمن المبيع يبرأ من الكفالة، إذا انفسخ البيع، أو استحق المبيع، أوردَّ بعيب ».

***

كتاب الحوالة



❁ **(مادة ٨٦٠): الحوالة هي نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل إلى ذمة المحتال عليه**[1].

الحوالة: في اللغة: التحويل والنقل ومنه حوالة الغراس.

وفي الاصطلاح: هي نقل الدين من ذمة إلى ذمة.

وتصح في الدين لا في العين برضا المحتال والمحال عليه، وهي مشروعة بإجماع الأمة، قال ﷺ: « **ومن أحيل على مليء فليحتل** »،[2] والأمر بالاتباع دليل الجواز، ولأنه التزام ما يقدر على تسليمه، فوجب القول بصحته دفعًا للحاجة، وإنما اختصت بالديون؛ لأنها تنبئ عن النقل والتحويل، وهو في الدين لا في العين؛ لأن الدين وصف شرعي وهذا النقل حكم شرعي يظهر أثره في المطالبة، فجاز أن يؤثر النقل الشرعي في الثابت شرعًا، وأما العين فحسي، فلا ينتقل بالنقل الحكمي بل النقل الحسي، وإنما اشترط رضاهما؛ لأن المحتال هو صاحب الحق، وتختلف عليه الذمم، فلا بد من رضاه؛ لاختلاف الناس في الإيفاء، فمنهم من يماطل مع القدرة، ومنهم من يوفي ناقصًا، ومنهم من هو بالعكس، فلا يلزمه بدون رضاه، والمحال عليه يلزمه المال، ويختلف عليه الطلب، والناس متفاوتون فيه، فمنهم من يعنف فيه ويستعجل، ومنهم من يساهل ويمهل ويسامح، ولم يذكر المصنف المحيل؛ لأن الحوالة تصح بدون رضاه، وإنما يشترط رضاه للرجوع عليه، أو ليسقط دينه، ونظيرها الكفالة، فإنها تصح بدون رضا المكفول عنه[3].

وقد نصت المادة (٦٧٤) من مجلة الأحكام العدلية على أن: « المحيل هو الشخص الذي أحال، أي المدين ».

وفي المادة (٦٢٢) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة أن: « الحوالة نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه ».

---

(١) يستفاد من الدر من أوسط الكفالة ص : ٢٧٣، ٢٧٤، وكذا المادتان بعدها.

تفيد الحوالة معنًى لازمًا هو التحول والانتقال، أو متعديًا هو النقل والتحويل، وهي عند فقهاء الأحناف: « نقل الدين من ذمة إلى أخرى »، أو هي: « نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل إلى ذمة المحتال عليه »، وهو مذهب أبي يوسف خلافًا لمحمد بن الحسن الذي لا يرى الحوالة إلا نقلًا للمطالبة، ويبقى الدين في ذمة المحيل انظر حاشية رد المحتار : ٥/ ٣٤٠ لمزيد من التفصيلات حول مفهوم الحوالة، مجمع الأنهر : ٢/ ١٤٦، مجمع الضمانات : ٢/ ٦١١، الفتاوى الهندية : ٣/ ٢٩٥، تبيين الحقائق : ٤/ ١٧١، والمادة (٦٧٣) من مجلة الأحكام العدلية، مختصر أحكام المعاملات الشرعية ص : ٢٢٧، الموسوعة الفقهية الكويتية : ١٨/ ١٦٩، الأوراق التجارية في الشريعة الإسلامية للدكتور محمد سراج ص : ٥١.

(٢) مسند الإمام أحمد بن حنبل : ٢/ ٤٦٣ برقم (٩٩٧٤).

(٣) تبيين الحقائق : ٤/ ١٧١.

وتفيد الحوالة بهذا نقل الالتزام أو الدين من ذمة إلى أخرى، حسبما يأتي توضيحه في المواد التالية.

وفي المادة (٩٩٣) مدني أردني: « أن الحوالة نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه »، ويتبين من هذا التعريف أن المحيل هو المدين، وقد يكون دائنًا للمحال عليه في الحوالة المقيدة، وهو طرف في العقد إذا باشره بنفسه أو أجازه، والمحال هو الدائن، وهو أيضًا طرف في العقد، والمحال عليه هو الذي يلتزم بالدين، وهو دائمًا طرف في العقد، أما المحال به فهو الدين نفسه.

ويتميز هذا التعريف المستند إلى ما رجحه الأحناف، بأن الحوالة لا تنقل المطالبة وحدها، وكما في الكفالة التي هي الأصل في التضامن، وإنما تنقل الدين معها بحيث يبرأ منه المحيل، بشرط عدم التوى أو عجز المحال عليه عن الوفاء بالدين محل الحوالة.

***

(مادة ٨٦١): الحوالة قسمان: مطلقة، ومقيدة[1].

يميز الفقه الإسلامي بين هذين النوعين من الحوالة، وهو تمييز ينفرد به هذا الفقه، ويستوعب إلى حد بعيد نوعي الحوالة في الفقه الحديث، وهما: حوالة الحق وحوالة الدين.

والحوالة المقيدة: هي أن يقيدها المحيل بدين له على المحال عليه، أو بعين في يده بوديعة أو غصب أو نحوه، والمطلقة: أن يرسل الحوالة إرسالًا، ولا يقيدها بشيء مما عنده من وديعة، أو غصب، أو دين، أو عارية، أو عين موهوبة اتفق على ردِّها، أو قضى القاضي بذلك، أو المأجور بعد انقضاء مدة الإجارة، أو بدل الصلح أو المبيع بيعًا فاسدًا، أو يحيله على رجل ليس له عليه شيء مما ذكرنا، والكل جائز؛ لما روينا ولما ذكرنا من المعنى، ولأن كلًّا منهما يتضمن أمورًا جائزة عند الانفراد، وهي تبرع المحتال عليه بالالتزام في ذمته والإيفاء، وتوكيل المحتال بقبض الدين أو العين من المحال عليه، وأمر المحال عليه بتسليم ما عنده من العين، أو الدين إلى المحتال، فكذا عند الاجتماع.

---

(١) يستفاد مضمونها واللتين بعدها من تنقيح الحامدية من أوائل الحوالة ص : ٣٤٠، وقد جاء في مجمع الضمانات : ٢/ ٦١٢ أن: « الحوالة نوعان: مطلقة، ومقيدة به، ولا فرق بين حالتي الحوالتين من حيث أطراف العلاقة، ففي كل واحدة منهما دائن ومدين وأجنبي هو المحال عليه، غير أن الحوالة المطلقة تختلف عن المقيدة بالنظر إلى علاقة هذا الأجنبي المحال عليه بالمحيل، فإن كان مدينًا للمحيل بمقدار الدين المحال به فهي الحوالة المقيدة، وإلا كانت الحوالة مطلقة ».

وحكم المطلقة أن لا ينقطع حق المحيل في الدين أو العين، ولكن المحال عليه يرجع على المحيل بعد أدائه إذا كانت الحوالة برضاه، وليس له أن يرجع قبل الأداء، ولكن له أن يلازمه إذا لوزم، ويحبسه إذا حبس حتى يخلصه، كما في الكفالة، ولو كان الدين مؤجلًا على المحيل، كان مؤجلًا في حق المحال عليه، كما في الكفالة، ثم لا يصير الدين حالًّا بموت المحيل؛ لأنه خرج من الدين وصار أجنبيًّا، ويحل بموت المحال عليه؛ لأن الأجل كان حقه وقد استغنى عنه.

وحكم المقيدة أن لا يملك المحيل مطالبة المحال عليه بما أحال به من دين أو عين؛ لأنه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن، ولو ملك المطالبة لبطل حق المحتال، ولا يملك ذلك، كما لا يملك إبطال حق المرتهن، بخلاف المطلقة؛ لأنه لا تعلق لحقه بالعين أو الدين، بل تعلق بذمة المحال عليه، فلا تبطل الحوالة بأخذ ما عنده، أو عليه من العين والدين، ألا ترى أنها لا تبطل بهلاكه، فكذا بأخذه بخلاف المقيدة؛ لأنه فيها لم يلتزم الأداء إلا منها، فلو أخذ لبطل حقه، ولو أبرأ المحتال عليه عن الدين، أخذ المحيل ما كان عنده من الدين والعين، كالمرتهن إذا أبرأ الراهن يرجع برهنه، ولو وهبه له ليس له أن يرجع بدينه؛ لأن المحال عليه ملكه بالهبة، وكذا إذا ورثه، ولو مات المحيل، كان الدين والعين المحتال بهما بين غرمائه بالحصص، وقال زفر - رحمه الله -: يختص به المحتال وهو القياس؛ لأن حقه متعلق به حال حياته والمحيل كالأجنبي عنه حتى لا يكون له أخذه، فصار كالخارج عن ملكه، فلا تقضى به ديونه، ولئن كان ملكه ثابتًا فتعلق حق المحتال سابق، فصار كالمرهون يختص به المرتهن؛ لتعلق حقه به سابقًا على حقهم، وكدين الصحة يقدم على دين المرض لما قلنا[١].

وجاء في المادة (٦٢٩) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة أن: « الحوالة إما أن تكون مطلقة أو مقيدة بالأداء من عين أو دين للمحيل على المحال عليه ».

وهو ما جاء كذلك في المادة (٩٩٥) مدني أردني، ونصها:

١ - « تكون الحوالة مطلقة ومقيدة.

٢ - فالحوالة المقيدة هي التي تتقيد بأدائها من الدين الذي للمحيل في ذمة المحال عليه، أو من العين التي في يده أمانة أو مضمونة.

---

(١) تبيين الحقائق : ٤/ ١٧٤.

٣ - والحوالة المطلقة هي التي لم تقيد بشيء من ذلك، ولو كان موجودًا ».

ولاحظ أن الحوالة المقيدة أقرب إلى أن تكون طريقًا من طرق الوفاء بالدين، على الرغم مما تفيده من نقل الدين والمطالب من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، ولا خلاف بين المذاهب الفقهية في جواز هذا النوع من الحوالة، أما إذا كان المحال عليه أجنبيًّا غير مدين للمحيل أو كان مدينًا ولكن لم تقيد الحوالة بهذا الدين، فإن كان المدين هو الذي يريد أن يحيل دينه على هذا الأجنبي فإنها تكون حوالة الدين، وتفيد معنى الكفالة وتجديد الدين، أما إذا كان الدائن هو الذي يريد أن يحيل دينه إلى هذا الأجنبي فإن هذه تكون حوالة حق بالمعنى الدقيق، وهذا النوع من الحوالة لا يسلم به الأحناف والشافعية خلافًا للمالكية، وتأخذ القوانين المدنية العربية بهذين النوعين من الحوالة.

***

❁ (مادة ٨٦٢): **الحوالة المطلقة هي أن يحيل المدين بدينه غريمه على آخر حوالة مطلقة، غير مقيدة بأدائه من الدين الذي للمحيل في ذمة المحتال عليه، أو من العين التي له عنده وديعة أو مغصوبة، أو يحيله على شخص ليس له عنده ولا عليه شيء**[1].

الحوالة المطلقة هي التي لم تقيد بأن تعطى من المال الذي للمحيل بيد المحال عليه، أي من المال الذي بذمة المحال عليه، أو بيده، كالوديعة والمغصوب، أو لم يكن له شيء، وهكذا فإن الحوالة التي تجري دون أن يكون للمحيل مال بيد المحال عليه، تكون حوالة مطلقة، والحوالة التي تجري حالة وجود مال للمحيل بيد المحال عليه، ولم تقيد بقيد إعطائها من ذلك المال، تكون حوالة مطلقة أيضًا، مثلًا: إذا أحال رجل دائنه على شخص ليس له مطلوب عنده، فهذه حوالة مطلقة، وإذا أحال دينه على مدينه دون أن يقيدها، بأن تدفع من مطلوبه تكون هذه الحوالة مطلقة أيضًا[2].

وجاء في المادة (٦٣٥) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة أن: « الحوالة تصح بدين حال أو مؤجل ».

وقد تقدم تعريف المادة (٩٩٥) مدني أردني لهذا النوع من الحوالة.

***

---

(١) جاء في مجمع الضمانات : ٢/ ٦١٢ « أن الحوالة المطلقة هي: أن يحيل صاحب الدين على رجل بألف، وللمحيل عليه ألف ولم يضف الحوالة إليه، فعليه أداء الألف إلى المحتال، وللمحيل له أن يطالبه بأداء ألف إليه، وكذا لو كان لرجل عند رجل وديعة وأحال غريمه عليه بألف، ولم يقيدها بألف الوديعة، فله أن يأخذ الوديعة منه ».

(٢) المادة (٦٧٩) من مجلة الأحكام العدلية.

❁ **(مادة ٨٦٣): الحوالة المقيدة هي أن يحيل المديون بدينه غريمه على المحتال عليه حوالة مقيدة بأدائه من الدين الذي للمحيل في ذمة المحتال عليه، أو من العين التي له عنده أمانة أو مغصوبة**[١].

الحوالة المقيدة هي الحوالة التي قيدت، بأن تعطى من المال الذي للمحيل بذمة المحال عليه أو بيده.

والحوالة المقيدة على ثلاثة أنواع: النوع الأول: الحوالة التي تقيد بأن تعطى من المطلوب الذي للمحيل بذمة المحال عليه، ويقال لها: الحوالة المقيدة بالدين، كإحالة رجل شخصًا له عليه دين ألف قرش، على شخص آخر مدين له بألف قرش، وتقييده الحوالة بأن تدفع من مطلوبه المذكور، مثلًا: لو كان لزيد بذمة عمرو عشر ذهبات، وكان لبكر أيضًا بذمة زيد عشر ذهبات، وقال زيد لبكر: إني أحلتك بالعشر ذهبات على عمرو، على أن تأخذها من المطلوب الذي لي عنده، وقبل بكر وزيد بهذه الحوالة، تكون حوالة مقيدة بالدين، النوع الثاني: الحوالة التي تقيد بأن تعطى من العين التي هي وديعة للمحيل بيد المحال عليه، كالدراهم والدنانير والحيوان، ويقال لها: الحوالة المقيدة بالعين المودعة، النوع الثالث: الحوالة التي تقيد بأن تعطى من المال المضمون، الذي للمحيل بيد المحال عليه، كالمغصوب، ويقال لها: الحوالة المقيدة بالعين المضمونة[٢].

وبهذا فإن الحوالة المقيدة تنقطع بها مطالبة المحيل للمحال عليه بماله عنده، وإن أدى المحال عليه ما عليه من عين أو دين للمحيل، ضمنه للمحال، وإن بطل ما قيدت به الحوالة فسدت، بخلاف الحوالة المطلقة[٣].

***

---

(١) جاء في مجمع الضمانات ٢/ ٦١٢: « وأما المقيدة: فبأن أحال بالمال الذي له على المحتال عليه، أو على أن يعطيه مما عليه، وليس للمحيل أن يطالبه بالأداء إليه »، وانظر المادة (٦٧٨) من مجلة الأحكام العدلية وشرحها.
والحاصل أن الحوالة وهي نقل الدين، يجوز أن تكون في مقابلة دين للمحيل على المحال عليه، وأن تكون على وجه الإرفاق والتبرع عند من يرى جواز الحوالة المطلقة، وهم الأحناف الذين تقوى أدلتهم على أدلة المانعين لها، وأهمها حديث سلمة بن الأكوع الذي أخرجه البخاري في كتاب الحوالات، وفيه: أن النبي ﷺ حضر جنازة فأعرض عن الصلاة على صاحبها حين عرف أنه مدين، ولم يصل عليه إلا بعد أن تحملها أبو قتادة.

(٢) المادة (٦٧٩) من مجلة الأحكام العدلية.

(٣) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (٦٣٠) الطبعة التمهيدية، القسم الثاني، مجمع البحوث الإسلامية.

الفصل الأول

في شروط صحة
عقد الحوالة ونفاذه

(مادة ٨٦٤): يشترط لصحة انعقاد الحوالة أن يكون المحيل والمحتال عاقلين، وأن يكون المحتال عليه عاقلًا بالغًا، فلا تصح حوالة مجنون وصبي غير مميز، ولا احتيالهما، كما أنه لا يصح قبولهما الحوالة على أنفسهما، ولو كان الصبي المحتال عليه مميزًا أو مأذونًا له في التجارة[١].

يشترط في انعقاد الحوالة أن يكون المحيل والمحال له عاقلين، وأن يكون المحال عليه عاقلًا وبالغًا، فإحالة الصبي غير المميز دينًا على أحد باطل، وقبوله حوالة من أحد على نفسه باطل أيضًا، سواء أكان الصبي مأذونًا أو محجورًا، في انعقاد الحوالة كون المحيل والمحال له عاقلين فقط شرط في انعقاد الحوالة، وأما المحال عليه، فمشروط أن يكون عاقلًا وبالغًا أيضًا، بناء عليه إحالة المجنون والصبي غير المميز دينًا على أحد، بأن يكون محيل، وأخذه دينًا حوالة على أحد، بأن يكون محالًا له باطل، وسواء أكان بأمر المحيل أو بغير أمره، وأخذ المجنون حوالة من أحد على نفسه، بأن يكون محالًا عليه باطل، وإذا قبل ولي الصبي أو وصيَّه حوالة على الصبي، لا يصح ذلك، ولكن صحة المحيل في انعقاد الحوالة ليست بشرط، بناء عليه للمريض أن يحيل دينًا على آخر.

واشتراط عقل المحيل والمحال شرط عام في العقود، وليس خاصًّا بالحوالة وحدها.

***

(مادة ٨٦٥): يشترط لنفاذ عقد الحوالة أن يكون المحيل والمحتال بالغين، فلا تنفذ حوالة الصبي المميز، بل تنعقد موقوفة على إجازة وليه أو وصيه، فإن أجازها نفذت وإلا فلا، ولا ينفذ احتياله إلا إذا أجازه الولي أو الوصي، وكان المحتال عليه أملأ من المحيل[٢].

يشترط لنفاذ عقد الحوالة أن يكون المحيل والمحتال بالغين، وهو شرط النفاذ دون

(١) يستفاد حكم هذه المادة والمادتين بعدها من أوائل الحوالة من الدر ورد المحتار ص : ٢٨٩، وقد جاء في بدائع الصنائع ٦/ ٢٢: « أن يكون عاقلًا، فلا تصح حوالة المجنون والصبي الذي لا يعقل؛ لأن العقل من شرائط أهلية التصرفات كلها ».

(٢) جاء في بدائع الصنائع ٦/ ٢٢: يشترط في المحيل « أن يكون بالغًا، وهو شرط النفاذ دون الانعقاد فتنعقد حوالة =

الانعقاد، فتنعقد حوالة الصبي العاقل، موقوفًا نفاذه على إجازة وليه؛ لأن الحوالة إبراء بحالها، وفيها معنى المعاوضة بما لها، خصوصًا إذا كانت مقيدة، فتنعقد من الصبي كالبيع ونحوه، وقد نصت المادة (٦٨٥) من مجلة الأحكام العدلية على ما يلي: « يشترط في نفاذ الحوالة أن يكون المحيل والمحال له بالغين، بناء عليه حوالة الصبي المميز، وقبوله الحوالة تنعقد موقوفة على إجازة وليه، فإذا أجاز الولي كانت نافذة، وإذا قبل الصبي الحوالة يجب أن يكون المحال عليه أملأ، أي أغنى من المحيل وإن أذن الولي ».

وهو ما جاء كذلك في المادة (٦٢٥) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة ونصها: « ويشترط لنفاذ الحوالة أن يكون كل من المحيل والمحال بالغًا ».

***

(مادة ٨٦٦): يشترط لصحة الحوالة رضا الكل، أي المحيل والمحتال عليه[1]، ولا يشترط حضور المحتال عليه، بل لو كان غائبًا في بلد آخر، فأحيل عليه ثم بلغه فقبل الحوالة راضيًا لا مكرهًا صحت الحوالة، والتزم للمحتال بالدين المحال به، وما لم يرض بقبول الحوالة، فلا ينتقل الدين في ذمته ولا يلزم به، ولا يكون للمحتال حق في مطالبته، إنما لا يشترط رضا المحتال عليه في صورة واحدة، وهي ما إذا استدانت زوجته النفقة عليه بأمر القاضي، فإن لها في هذه الصورة أن تحيل عليه بلا رضاه، ويكون ملزومًا بالدين للمحتال.

شرط صحة الحوالة رضا المحتال؛ لأن الدين حقه، وهو - أي الدين - ينتقل بالحوالة، والذمم متفاوتة فلا بد من رضاه، ولا خلاف في ذلك لأحد من أهل العلم، وأما رضا المحتال عليه، فهو شرط عندنا، وقال الشافعي: إن كان للمحيل دين عليه، فلا يشترط، وبه قال مالك وأحمد؛ لأنه محل التصرف فلا يشترط رضاه، كما لو باع عبدًا فإنه لا يشترط رضاه؛ لأن الحق للمحيل عليه، فله أن يستوفيه بنفسه وبغيره، كما لو وكل في الاستيفاء، وأما إذا لم يكن للمحيل دين عليه فيشترط رضاه بالإجماع، وقلنا: إنه إلزام الدين ولا لزوم بدون الالتزام، لا يقال: إلزام الحاكم بالبينة على المنكر إلزام بدون الالتزام؛ لأن الحكم إظهار للالتزام لا إلزام، وأما رضا المحيل فقد شرطه القدوري، وعسى يعلل بأن ذوي المروءات قد يأنفون بتحمل غيرهم ما عليهم من الدين، فلا بد من رضاهم، وذكر في الزيادات: أن الحوالة تصح

= الصبي العاقل موقوفًا نفاذه على إجازة وليه؛ لأن الحوالة إبراء بحالها وفيها معنى المعاوضة بمآلها، خصوصًا إذا كانت مقيدة، فتنعقد من الصبي، كالبيع ونحوه ».

(١) جاء في بدائع الصنائع ٦/ ٢٣: « رضا المحيل حتى لو كان مكرهًا على الحوالة لا تصح، لأن الحوالة إبراء فيها معنى التمليك، فتفسد بالإكراه كسائر التمليكات ».

بدون رضاه؛ لأن التزام الدين من المحال عليه تصرف في حق نفسه، والمحيل لا يتضرر به بل فيه نفعه؛ لأن المحال عليه لا يرجع عليه إذا لم يكن قبل بأمره، وعلى هذا تكون فائدة اشتراطه الرجوع عليه إذا كانت بأمره، وقيل: لعل موضوع ما ذكر في القدوري، أن يكون للمحيل على المحتال عليه دين بقدر ما يقبل الحوالة، فإنها حينئذ تكون إسقاطًا لمطالبة المحيل عن المحال عليه، فلا تصح إلا برضاه، والظاهر أن الحوالة قد يكون ابتداؤها من المحيل، وقد يكون من المحتال عليه، والأول: إحالة وهو فعل اختياري لا يتصور بدون الإرادة والرضا، وهو وجه رواية القدوري، والثاني: احتيال يتم بدون إرادة المحيل بإرادة المحتال عليه ورضاه، وهو وجه رواية الزيادات، وعلى هذا اشتراطه مطلقًا كما ذهب إليه الأئمة الثلاثة، بناء على أن إيفاء الحق حقه، فله إيفاؤه من حيث شاء[1].

ومنها: مجلس الحوالة، وهو شرط الانعقاد عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف شرط النفاذ، حتى إن المحتال لو كان غائبًا عن المجلس، فبلغه الخبر فأجاز لا ينفذ عندهما، وعند أبي يوسف ينفذ، وهو ما أخذت به هذه المادة[2].

إنما لا يشترط رضا المحتال عليه في صورة واحدة، وهي إذا استدانت الزوجة النفقة بأمر القاضي، فإن لها أن تحيل على الزوج بلا رضاه[3].

وفي المادة (٦٢٤) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة أنه: « يشترط لصحة الحوالة رضا جميع الأطراف، كما يشترط في المحيل والمحال العقل، وأن يكون المحال به دينًا لازمًا معلومًا ».

وقد جاء في المادة (٩٩٦) مدني أردني أنه:

١ - « يشترط لصحة الحوالة رضا المحيل والمحال عليه موقوفة على قبول المحال له.

٢ - وتنعقد الحوالة التي تتم بين المحيل والمحال عليه موقوفة على قبول المحال له ».

وإنما اشترط رضا المحيل؛ لأن الحوالة إبراء فيه معنى التمليك، فيفسدها الإكراه، وهو مذهب الشافعية والمالكية والحنابلة والظاهرية والزيدية والإمامية، ويشترط رضا المحال عند الأحناف والمالكية والشافعية والإمامية والزيدية كذلك، ولا يوجبه الحنابلة والظاهرية.

أما رضا المحال عليه، فشرط نفاذ عند أئمة المذهب الحنفي، سواء كان مدينًا أم لا؛ لأن

---

(١) العناية شرح الهداية : ٧/ ٢٤٠، ٢٤١.

(٢) بدائع الصنائع : ٦/ ٢٤.

(٣) رد المحتار : ٥/ ٣٤١.

الناس يتفاوتون في استيفاء ديونهم[1]، وهو ما أخذ به المواد (٣٠٥) مدني مصري، (٣٦٣) مدني عراقي، (٣٦٦) كويتي.

***

❁ (مادة ٨٦٧): يشترط لصحة الحوالة أن يكون المحيل مديونًا للمحتال، وإلا فهي وكالة، ولا يشترط أن يكون المحتال عليه مديونًا للمحيل، بل إذا رضي بالحوالة صحَّت والتزم بالدين للمحتال، ولو لم يكن المحتال عليه مديونًا للمحيل[2].

« الشرط كون الدين للمحتال علي المحيل وإلا فهي وكالة لا حوالة، وأما الدين على المحال عليه فليس بشرط »؛ ولذا فإنه لو أحال المحال عليه المحتال على آخر، جاز وبرئ الأول، والمال على الآخر، كالكفالة من الكفيل ».

وقد جاءت المادة (٩٩٧) مدني أردني بالنص على ذلك، ولفظها: « يشترط لصحة الحوالة أن يكون المحيل مدينًا للمحال له، ولا يشترط أن يكون المحال عليه مدينًا للمحيل. فإذا رضي بالحوالة، لزمه الدين للمحال له »، وبهذا الشرط تكون الحوالة أداة للوفاء بالدين، وليس وسيلة لخلق الديون والتعامل فيها.

***

---

(١) فتح القدير : ٥/ ٤٤٤، والمادة (٦٨٦) من المجلة العدلية.

(٢) يستفاد من رد المحتار من أوائل الحوالة : ٥/ ٣٤٢.

الفَصْلُ الثَّانِي

في الديون التي تجوز الحوالة بها

❁ **(مادة ٨٦٨): كل دين لا تصح به الكفالة فالحوالة به غير صحيحة**[١].

كل دين لا تصح الكفالة به لا تصح الحوالة به أيضًا، فيلزم أن يكون المحال به دينًا صحيحًا، وهو ما يشترط في الكفالة كذلك؛ لأن الدين الذي لا تصح الكفالة له ليس بدين صحيح.

وتطبيقًا على ذلك، فإنه لو لعب رجل مع آخر قمارًا، وصار ذلك الرجل مدينًا للآخر بسبب القمار بعشر ذهبات، وأحاله بها على شخص آخر، وقبل ذلك الشخص تكون الحوالة باطلة، وكذا لو اتفقا على ارتكاب أحدهما جريمة قتل نظير مبلغ معين، فلا تصح كفالة هذا المبلغ ولا الحوالة به.

ولذا فإنه لو ادعى المحال عليه على المحال له أن المحال به مبلغ ناشئ عن القمار، أو استئجار أحد للزنا، فالحوالة غير صحيحة، لكن لو كان الدين ناشئًا عن قرض، وصادق المحال له على ذلك لزمت تأدية المبلغ المذكور على المحيل، ولا يلزم المحال عليه شيء[٢].

***

❁ **(مادة ٨٦٩): كل دين تصح به الكفالة فالحوالة به صحيحة، بشرط أن يكون معلومًا، فلا تصح الحوالة بالدين المجهول، فلو احتال بما سيثبت للمحيل على المحتال عليه فالحوالة باطلة**[٣].

كل دين تصح الكفالة به تصح الحوالة به أيضًا، لكن يلزم أن يكون المحال به معلومًا،

---

(١) يستفاد حكمها والمادتين بعدها من رد المحتار من أوائل الحوالة : ٥/ ٣٤٣ حيث جاء: « ما لا تجوز به الكفالة لا تجوز به الحوالة ».

(٢) المادة (٦٨٧) من مجلة الأحكام العدلية.

(٣) جاء في رد المحتار ٥/ ٣٤٣: « فلو احتال بمال مجهول على نفسه بأن قال: احتلت بما يذوب لك على فلان لا تصح الحوالة مع جهالة المال، ولا تصح الحوالة أيضًا بهذا اللفظ »، وإلى هذا أيضًا ذهبت المادة (٦٨٨) من مجلة الأحكام العدلية.

بناءً عليه حوالة الدين المجهول غير صحيحة، مثلًا: لو قال: إني قبلت حوالة ما يثبت لك من الدين عند فلان، لا تكون الحوالة صحيحة؛ لأن الدين الذي تصح الكفالة به هو الدين الصحيح، ولكن لما كان العلم بالمال المكفول به غير مشروط، فكان الواجب ألا يشترط أن يكون المحال به معلومًا، و أن تكون حوالة الدين المجهول صحيحة، لكن فرق الفقهاء بين الكفالة والحوالة في هذا، ذهبوا إلى اشتراط معلومية المحال به، مثلًا: لو قال شخص لشخص آخر: إني قبلت حوالة على ما يثبت لك من الدين عند فلان، ورضي ذلك الشخص لا تصح الحوالة، ولا يجبر الشخص المذكور على التأدية إذا ثبت لذلك الشخص مطلوب؛ لأن الحوالة عبارة عن نقل الذمة، ويصير المحيل بريئًا بهذا النقل، وحيث إنه بعد هذا النقل لا يطلب شيء من المحيل، فلا يعود من الممكن الادعاء على المحيل وإثبات ذمته بعد النقل، ولكن نظرًا لكون الكفالة ضم ذمة إلى ذمة فيبقى من الممكن بعد الكفالة مطالبة الأصيل وإثبات الدين، فلهذا السبب الكفالة بالمجهول جائزة، والحوالة به لا تجوز.

وإنما اشترطت معلومية المحال به؛ لأن الحوالة لا تخلو من معنى المعاوضة، فلا تصح الحوالة بمجهول، ولأن المجهول يمنع الاعتياض عنه، لما فيه من الغرر الذي يجعل الوفاء والاستيفاء من الأمور المتعددة.

***

(مادة ٨٧٠): كما تصح الحوالة بالديون الصحيحة المترتبة أصالة في الذمة، تصح الحوالة أيضًا بالديون المترتبة في الذمة من جهة الكفالة والحوالة.

الحوالة بالديون الصحيحة المترتبة على الذمة أصالة أو تبعًا تكون صحيحة، فالحوالة بالدين المترتب على الذمة من جهة الكفالة والحوالة صحيحة أيضًا، والدين المترتب على ذمة المدين أصالة؛ كثمن البيع وبدل الإجارة والقرض وضمان المتلفات وبدل المغصوبات والديون المترتبة على الذمة تبعًا، كحوالة الدين المترتب على ذمة الكفيل أو المحال عليه من جهة الكفالة أو الحوالة،وهي حوالة صحيحة أيضًا، ولو كان المحتال عليه أحاله بالمال على غيره كان جائزًا؛ لأنه لما تحول المال إليه بالحوالة التحق بما كان واجبًا في الأصل، وكما يصح التحويل من الذمة الأولى إلى ذمته يصح التحويل من ذمته إلى ذمة أخرى.

مثلًا: كما أن حوالة شخص دينه البالغ ألف قرش والمتسبب عن ثمن المبيع أو جهة القرض صحيحة، فحوالة المبلغ الذي لزم ذمته حسب الكفالة بعد أن كفل دينًا آخر صحيحة أيضًا، حتى إنه لو أحال شخص البائع بثمن المبيع على شخص آخر، بعد أن كفل الثمن المذكور

لزم البائع أن يأخذ الثمن المذكور من المحال عليه، وليس له أن يطلبه من المشتري، وكذلك إذا أحال شخص الدين الذي قبله حوالة على نفسه البالغ ألف قرش على شخص آخر أو على المحيل صحَّ ذلك، ويصير المحال عليه بريئًا من الدين، وينتقل الدين إلى الشخص الآخر المارِّ ذكره، أو إلى المحيل الأول[1].

***

(١) مجلة الأحكام العدلية المادة (٦٨٩).

الفَصْلُ الثَّالِثُ

في أحكام الحوالة

❁ **(مادة ٨٧١): إذا قبل المحتال الحوالة ورضي المحتال عليه بها برىء المحيل وكفيله – إن كان له كفيل – من الدين ومن المطالبة معًا، وثبت للمحتال حق مطالبة المحتال عليه، غير أن براءة المحيل وكفيله مقيدة بسلامة حق المحتال**[١].

إذا تمت الحوالة برئ المحيل من الدين بالقبول، وقال زفر: لا يبرأ اعتبارًا بالكفالة؛ إذ كل واحد منهما عقد توثق، ولنا: أن الحوالة للنقل لغة، ومنه حوالة الغراس والدين متى انتقل عن الذمة لا يبقى فيها، أما الكفالة فللضم، والأحكام الشرعية على وفاق المعاني اللغوية والتوثق باختيار الأملأ والأحسن في القضاء[٢].

وفي المادة (٦٢٦) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة أنه: « إذا تمت الحوالة برئ المحيل من الدين ».

وتتفق هذه المادة مع ما ورد في المادة (١٠٠٢) مدني أردني، ونصها: « يثبت للمحال له حق مطالبة المحال عليه، ويبرأ المحيل من الدين، ومن المطالبة معًا، إذا انعقدت الحوالة صحيحة ».

***

❁ **(مادة ٨٧٢): لا تنقطع في الحوالة المطلقة مطالبة المحيل عن المحتال عليه، بل إذا كان له عليه دين أو له عنده عين مودعة أو مغصوبة، فله أن يطالبه بعد الحوالة أيضًا في هذه الصورة إلى أن يؤدي الدين المحال به للمحتال، فإن أدى سقط ما عليه قصاصًا بقدر ما أدى، فإن لم يكن المحتال عليه مديونًا للمحيل وأدى عنه بأمره الدين المحال به رجع عليه بمثله، فإن أدى بلا أمره فهو متطوع لا رجوع له عليه بما أدَّى**[٣].

إذا أطلق الحوالة، ولم يكن له على المحال عليه دين، فإن المحال يطالب المحال عليه بدين الحوالة لا غير، وإن كان له عليه دين فإن المحال عليه يطالب بدينين: دين الحوالة، ودين

---

(١) يستفاد حكمها من الدر ورد المحتار من أوسط الحوالة : ٤/ ٢٩١، ٢٩٢، والمادة (٦٨٤) من مجلة الأحكام العدلية.

(٢) مجمع الأنهر : ٢/ ١٤٧.

(٣) يستفاد حكمها والمادة بعدها من أواخر الحوالة من الدر ورد المحتار : ٤/ ٢٩٢.

المحيل، فيطالبه المحال بدين الحوالة، ويطالبه المحيل بالدين الذي له عليه، ولا ينقطع حق المطالبة للمحيل بدينه بسبب الحوالة[١].

وفي رد المحتار: أن الحوالة المطلقة: « هي أن يقول المحيل للطالب: أحلتك بالألف التي لك على هذا الرجل، ولم يقل: ليؤديها من المال الذي عليه، فلو له عنده وديعة أو مغصوبة أو دين كان له أن يطالبه به؛ لأنه لا تعلق للمحتال بذلك الدين أو العين لوقوعها مطلقة عنه، بل بذمة المحتال عليه، وفي الذمة سعة فيأخذ دينه أو عينه من المحتال عليه، ومن المطلقة أن يحيل على رجل ليس له عنده ولا عليه شيء »[٢]، وهو ما جاء كذلك في المادة (١٠٠٦) مدني أردني، ونصها: « للمحيل حق مطالبة المحال عليه بماله في ذمته من دين أو عين، إذا لم تقيد الحوالة بأيهما، وليس للمحال عليه حق حبسهما حتى يؤدي إلى المحال له ».

***

(مادة ٨٧٣): إذا كانت الحوالة مقيدة بعين أمانة، أو مغصوبة، أو بدين خاص للمحيل على المحتال عليه، فلا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه، ولا المحتال عليه دفعها للمحيل، فلو دفعها إليه ضمنها للمحتال، ويكون له الرجوع بها على المحيل[٣].

إذا قيدت الحوالة بالدين أو الوديعة أو الغصب، فلا حق للمحيل في مطالبة المحتال عليه برد ما عنده أو عليه من الدراهم المودعة، أو المغصوبة، أو الدين، لأن هذه الحوالة المقيدة تتضمن توكيل المحتال بقبض ما على المحتال عليه، أو ما عنده، وتتضمن تسليم المحتال عليه ما عنده أو عليه بأمر المحيل، فلا يطلب المحيل ردَّ ذلك من المحتال؛ لتعلق حق المحتال به، كالراهن لا يملك مطالبة الأمن برد الرهن؛ لتعلق حق المرتهن به، حتى يضمن المحتال عليه للمحتال إن دفع إلى المحيل، مع أن المحتال أسوة لغرماء المحيل بعد موته؛ أي بعد موت المحيل.

يعني أن هذه الأموال إذا تعلق بها حق المحتال كان ينبغي أن لا يكون المحتال أسوة لغرماء المحيل بعد موته، كما في الرهن، مع أنه أسوة لهم؛ لأن العين التي بيد المحتال عليه للمحيل، والدين الذي له عليه لم يصر مملوكًا للمحتال بعقد الحوالة لا يدًا، وهو ظاهر؛ لأن الحوالة ما وضعت للتمليك، بل للنقل فيكون بين الغرماء، وأما المرتهن فيملك المرهون يدًا وحبسًا، فيثبت له نوع اختصاص بالمرهون لم يثبت لغيره، فلا يكون لغيره أن يشاركه فيه،

---

(١) بدائع الصنائع : ٦/ ١٧.
(٢) رد المحتار : ٥/ ٣٤٨.
(٣) انظر المادة (٦٩٢) من مجلة الأحكام العدلية.

وقال زفر: المحتال أحق به من الغرماء؛ لأن الدين صار له بالحوالة، كالمرتهن بالرهن بعد موت الراهن[١].

وتتفق هذه المادة مع ما ورد في المادة (٦٣٠) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان[٢].

***

(مادة ٨٧٤): إذا أحال المرتهن غريمًا له على الراهن سقط حقه في حبس الرهن، ولا يكون رهنًا للمحتال، وكذا إذا أحال البائع غريمًا له على المشتري بالثمن سقط حقه في حبس العين المبيعة، أما إذا أحال الراهن المرتهن بالدين على آخر، أو أحال المشتري البائع بالثمن على آخر فلا يسقط حق المرتهن في حبس الرهن ولا حق البائع في حبس المبيع[٣].

يبرأ المحيل من الدين بحكم الحوالة، وينتقل الدين وحق الدائن في المطالبة بالدين إلى المحال عليه، وإطلاق ذلك يقتضي انتهاء التوثقات العينية التي للدائن المحال قِبَل المدين المحال؛ فلو أحال الراهن المدين المرتهن الدائن بالدين سقط حقه في حبس الرهن، وكذا لو أحال البائع المشتري على آخر بالثمن لا يحبس المبيع، ولو أحالها بصداقها لم تحبس نفسها، بخلاف ما لوأحال البائع غريمه على المشتري بالثمن، أو المرتهن غريمه على الراهن، أو المرأة على الزوج، حيث تبقى ذمة كل من المشتري والراهن والزوج مشغولة بالدين، وينتقل الحق في المطالبة من المحيل إلى المحال، والمذكور في « الزيادات » عكس هذا، وهو أن البائع والمرتهن إذا أحالا سقط حقهما في الحبس، ولو أحيلا لم يسقط، وتمامه في « البحر ».

قلت: ووجهه ظاهر، وهو أن البائع والمرتهن إذا أحالا غريمًا لهما على المشتري أو الراهن سقطت مطالبتهما، فيسقط حقهما في الحبس، بخلاف ما لو أحيلا فإن مطالبتهما باقية[٤].

***

(مادة ٨٧٥): إذا أحال المدين دائنه على آخر، واشترط في الحوالة أن يبيع المحتال عليه عينًا مملوكة للمحيل، ويؤدي الدين المحال به من ثمنها، وقَبِلَ المحتال عليه الحوالة بهذا

(١) مجمع الأنهر : ٢/ ١٤٩.

(٢) سبق ذكرها في المادة (٧٦٩) من هذا الكتاب.

(٣) يستفاد حكمها من رد المحتار أوائل الحوالة : ٥/ ٣٤٤.

(٤) رد المحتار : ٥/ ٣٤٤.

الشرط صحَّت الحوالة؛ لأمر المحيل المحال عليه بالبيع، ولا يجبر المحتال عليه على الدفع قبل البيع، ويجبر على البيع وتأدية الدين من الثمن[1].

هذه حوالة مقيدة بأداء المحال عليه ومن المحيل من ثمن عين مملوكة له، فيملك الإذن ببيعها وتوكيل المحال في ذلك، وينتقل الدين إلى المحال عليه برضائه بالحوالة، ويسقط حق المحيل في مطالبة المحال عليه بما أداه من ثمن المبيع، وتجري المقاصة بين ما أداه وما أخذه من ثمن المبيع، واشتراط تسليط المحال عليه في بيع العين التي يملكها المحيل لأداء الدين المحال به من ثمنها شرط صحيح يؤكد مقتضى عقد الحوالة، وييسر ملاءمة المحال عليه وقدرته على الوفاء بالدين المحال به؛ ولذا فإنه شرط ملائم ويجري به العرف.

***

❁ (مادة ٨٧٦): **يتحول الدين على المحتال عليه بصفته التي على المحيل[2]، فإن كان الدين على المحيل حالًّا تكون الحوالة به على المحتال عليه حالة، ويدفع المحتال عليه الدين المحال به معجلًا.**

وإن كان الدين على المحيل مؤجلًا تكون الحوالة به على المحتال عليه مؤجلة، ولا يلزم الدفع إلا عند حلول الأجل، فلو مات المحيل بقي الأجل، وإن مات المحتال عليه صار الدين حالًّا، ويؤدى من التركة إن كان بها ما يفي بأدائه، وإلا رجع المحتال بالدين أو بما بقي له منه على المحيل ليؤديه عند حلول الأجل.

تنقسم الحوالة المطلقة إلى: حالَّة، ومؤجلة:

فالحالَّة: أن يحيل الطالب بألف هي على المحيل حالة فتكون على المحتال عليه حالة؛ لأن الحوالة لتحويل الدين، فيتحول بصفته التي على الأصيل.

والمؤجلة: أن تكون الألف إلى سنة فأحال بها إلى سنة، ينبغي أن تثبت مؤجلة كما في الكفالة، فلو مات المحيل بقي الأجل، لا لو مات المحال عليه؛ لاستغنائه عن الأجل بموته، فإن لم يترك وفاء رجع الطالب على المحيل إلى أجله؛ لأن الأجل سقط حكمًا للحوالة، وقد انتقضت بِالتَّوى فينتقض ما في ضمنها، كما لو باع المديون بدين مؤجل فرسًا من الطالب ثم استُحِقَّ الفرس عاد الأجل[3].

---

(١) يستفاد حكمها من رد المحتار من أواخر الحوالة : ٥/ ٣٤٩.

(٢) يستفاد من رد المحتار في أواخر الحوالة : ٥/ ٣٤٩ وما بعدها.

(٣) رد المحتار : ٥/ ٣٤٩، ٣٥٠.

ويتفق ذلك مع ما ورد في المادة (٣٤٧) عراقي، ونصها: « ينتقل الدين إلى المحال عليه بصفته التي على المحيل، فإن كان حالًّا تكون الحوالة به حالة، وإن كان مؤجلًا تكون مؤجلة ».

***

الفصل الرابع

فيما يوجب
بطلان الحوالة وما لا يوجبه

(مادة ٨٧٧): لا يرجع المحتال بدينه على المحيل، إلا إذا اشترط في الحوالة خيار الرجوع للمحتال، أو فسخت الحوالة بهلاك المال المحال به، وهلاكه في الحوالة المطلقة يكون بأحد أمرين:

أولهما: أن يجحد المحال عليه الحوالة، ولا بينة لكل من المحيل والمحتال.

ثانيهما: أن يموت المحتال عليه مفلسًا ولم يترك عينًا تفي بأداء المحال به، ولا دينًا كذلك، ولا كفيلًا بجميع الدين فلو ترك دينًا ولو على مفلس فلا تبطل الحوالة[١].

تبطل الحوالة بسبب من الأسباب التالية:

١ - أن يحجد المحال عليه الحوالة، ولا بينة عليه، وتوجه إليه اليمين فيحلف؛ إذ لا وسيلة إلى إلزامه حينئذٍ بأداء الدين؛ ولذا تصير الحوالة كأنها لم تكن وتعتبر باطلة.

٢ - أن يموت المحال عليه مفلسًا، فلا يترك مالًا يفي بالدين، ولم يترك كفيلًا به؛ إذ لا سبيل إلى الوفاء حينئذٍ فتبطل[٢]، وبهذا فإنه لا يرجع في المذهب الحنفي المحتال على المحيل إلا بالتوى، قال الشافعي: لا يرجع عليه عند التوى، ولأن ذمة المحيل قد برئت براءة مطلقة بالحوالة، فلا يعود الدين إلى ذمته إلا بسبب جديد، فصار كالغاصب وغاصب الغاصب، فإنه إذا اختار المغصوب منه تضمين أحدهما برئت ذمة الآخر، ثم بالتوى عنده لا يعود الحق على الآخر، وكالمولى إذا أعتق عبده المدين فإن الغرماء يخيرون بين تضمين المولى قيمته وبين اتباع المعتق، فإن اختاروا أحدهما وتوى ما عليه لا يرجعون على الآخر.

ويستدل الأحناف بما روي عن عثمان ﷺ موقوفًا ومرفوعًا في المحتال عليه إذا مات مفلسًا يعود الدين إلى ذمة المحيل، ونقل: أنه لا توى على مال امرئ مسلم؛ لأن المقصود من شرع الحوالة الوصول إلى الحق بالاستيفاء من المحال عليه لا مجرد الوجوب في ذمته؛ لأن الذمم لا تختلف في نفس الوجوب، وإنما تختلف في الإيفاء، فهذا هو المعلوم بين الناس،

---

(١) يستفاد حكمها من الدر ورد المحتار من أوسط الحوالة : ٥/ ٣٤٥.

(٢) مجمع الأنهر : ٢/ ١٤٨.

والمعلوم كالمشروط، فعند فواته يجب الرجوع.

ألا ترى أن البيع لما كان في العرف يراد به سلامة المبيع للمشتري وسلامته من العيب، فعند فواته بالاستحقاق أو بالهلاك قبل القبض، أو عند فوات وصف السلامة يرجع المشتري بالعوض، وهذا لأن ذمة المحال عليه خلف عن ذمة المحيل بإحالته هو، فإذا فات الخلف رجع بالأصل، بخلاف الغاصب وغاصب الغاصب فإن أحدهما ليس يخلف الآخر، وإنما ثبت للمالك الخيار ابتداء بملك المغصوب من أيهما شاء، فيأخذ منه عوضه من غير أن يحيله عليه أحد، وكذا المولى والمعتق أحدهما ليس بخلف عن الآخر، ألا ترى أن حقه ليس بثابت على أحدهما معينًا حتى ينقله إلى الآخر فافترقا.

ويثبت التوى إذا جحد المحال عليه الحوالة وحلف، ولا بينة للمحيل ولا للمحتال، أو إذا مات مفلسًا ولم يترك مالًا عينًا، ولا دينًا، ولا كفيلًا؛ لأن التوى هو العجز عن الوصول إلى حقه، ويتحقق بأيٍّ من ذلك[1]، وفي المادة (٦٢٨) من تقنين الشريعة على مذهب أبي حنيفة أنه: «لا يرجع المحال على المحيل إلا عند جحود الحوالة، أو موت المحال عليه مفلسًا ».

وتفصيل ذلك في المادة (١٠١٤) مدني أردني، ونصها: «أن للمحال له أن يرجع على المحيل في الأحوال التالية:

١ - إذا فسخت الحوالة باتفاق أطرافها.

٢ - إذا جحد المحال عليه الحوالة، ولم تكن ثمة بينة بها، وحلف على نفيها.

٣ - إذا مات المحال عليه مفلسًا قبل أداء اليمين.

٤ - إذا حكمت المحكمة بإفلاسه قبل الأداء.

٥ - إذا بطلت الحوالة المقيدة بسقوط الدين أو هلاك العين أو استحقاقها، وكانت غير مضمونة.

وهذا هو ما جاء كذلك في المادة (٣٥٧) عراقي.

***

(مادة ٨٧٨): تعذر استيفاء الدين من المحتال عليه، وتفليسه ولو بأمر الحاكم، لا يوجبان بطلان الحوالة وعود الدين على المحيل[2].

---

(١) انظر تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق : ٤/ ١٧١.

(٢) يستفاد حكمها من رد المحتار من أوسط الحوالة : ٥/ ٣٤٦، بناء على قول الإمام المرجح في هذا الموضوع.

تعذر استيفاء الدين من المحتال عليه بأن فلَّسه القاضي لا يبطل الحوالة، ولا يوجب رجوع الدين إلى المحيل عند أبي حنيفة، وهذا بناء على أن تفليس القاضي لا يصح عنده؛ لأنه يتوهم ارتفاعه بحدوث مال له، فلا يعود بتفليس القاضي على المحيل، وتعذر الاستيفاء بذاته لا يوجب الرجوع، ألا ترى أنه لو تعذر بغيبة المحتال عليه لا يرجع على المحيل[1]؛ لأنه لا يكون توى عند أبي حنيفة، وقالا: هو توى؛ لأنه عجز عن الأخذ منه بتفليس الحاكم وقطعه عن ملازمته عندهما، فصار كعجزه عن الاستيفاء بالجحود أو بموته مفلسًا.

ولأبي حنيفة أن الدين ثابت في ذمته، وتعذر الاستيفاء لا يوجب الرجوع؛ وهذا لأن التوى في الدين لا يتصور حقيقة، وإنما يكون ذلك حكمًا بخروج محله من أن يكون محلًّا صالحًا للوجوب بموته معدمًا أو بالجحود، ولأن الإفلاس لا يتحقق عنده؛ لأن المال غادٍ ورائح يمسي الإنسان فقيرًا ويصبح غنيًّا وبالعكس، ويحتمل أنه استغنى في مجلس الحكم بأن مات له قريب يرثه، هذه المسألة مبنية على تحقيق الإفلاس وعدمه[2].

وإذا تُرِجِّح هذه المادة رأي أبي حنيفة في الحكم بعدم بطلان الحوالة عند الحكم بإفلاس المحال عليه، فإن القوانين العربية تأخذ برأي مختلف، يتفق مع رأي الصاحبين في أن الحكم بإفلاس المحال عليه قبل أداء الدين يعد سببًا كافيًا لبطلان الحوالة، ورجوع المحال على المحيل لاستيفاء الدين؛ لأن المقصود من الحوالة هو الاستيفاء، لا مجرد شغل ذمة أخرى بالدين، وهذا ما عبرت عنه المادة (٣٥٧) عراقي، والمادة (١٠١٤) مدني أردني التي سبقت قبل قليل.

***

(مادة ٨٧٩)[3]: إذا سقط الدين المقيدة به الحوالة، وتبينت براءة المحتال عليه منه بأمر سابق عليها، بطلت الحوالة، فلو أحال البائع غريمًا له على المشتري بالثمن، ثم استحق المبيع للغير بطلت الحوالة وعاد الدين على المحيل[4].

بطلان الدين في الحوالة المقيدة، وثبوت براءة المحال عليه من الدين الذي قيدت به الحوالة يبطلها، وذلك كأن يحيل البائع رجلًا على المشتري بالثمن، ثم استحق المبيع فإن الحوالة تبطل، وللمحال الرجوع على المحيل بدينه[5].

(١) انظر حاشية رد المحتار: ٥/ ٣٤٦. (٢) انظر تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٤/ ١٧١.

(٣) ذكر رقم هذه المادة خطأ في طبعة دار الفرجاني: ٨٨٨ والمثبت هو الصحيح.

(٤) يستفاد حكم هذه المادة والفقرة الأولى من التي بعدها من رد المحتار من أوسط: ٥/ ٣٤٨.

(٥) انظر تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٤/ ١٧١.

وقد أوضحت المادة (١٠١٣) مدني أردني ذلك بشيء من التفصيل، ونصها:

١ - « تبطل الحوالة المقيدة إذا سقط الدين أو استحقت العين بأمر سابق عليها، ويرجع المحال له بحقه على المحيل.

٢ - ولا تبطل الحوالة المقيدة إذا سقط الدين أو استحقت العين بأمر عارض بعدها، وللمحال عليه الرجوع بعد الأداء على المحيل بما أداه ».

وهو ما جاء في المواد (٣٥٣) مدني عراقي، (٦٩٣، ٦٩٤) من المجلة العدلية.

***

❁ (مادة ٨٨٠): إذا بطل الدين الذي قيدت به الحوالة بأمر عارض بعدها، ولم تتبين براءة الأصيل منه فلا تبطل الحوالة.

فلو أحال البائع غريمه على المشتري بثمن المبيع فهلك المبيع عند البائع قبل تسليمه للمشتري، وسقط الثمن عنه، أو رد المبيع بخيار عيب أو غيره، فلا تبطل الحوالة، ويكون للمحتال عليه بعد الأداء الرجوع على المحيل بما أداه.

إذا سقط الدين الذي قيدت به الحوالة بأمر عارض بعد انعقاد الحوالة، ولم تتبين براءة الأصيل منه، فلا تبطل، مثل: أن يحتال بألف من ثمن مبيع، فهلك المبيع عنده قبل تسليمه للمشتري سقط الثمن عن المشتري، ولا تبطل الحوالة، ولكنه إذا أدى رجع على المحيل بما أدى؛ لأنه قضى دينه بأمره[1]، وإنما لم تبطل الحوالة بعد انعقادها إذا بطل الدين الذي قيدت به؛ لأن المحال عليه قد التزم الوفاء بالدين المحال به، والحوالة عقد لازم، فلا حق للمحال عليه في الرجوع عنها.

وهذا هو ما أخذت به المادة (١٠١٣) مدني أردني، طبقًا لما ذكر في شرح المادة السابقة.

***

❁ (مادة ٨٨١): إذا أحال المدين غريمه على المودع حوالة مقيدة بالعين المودعة عنده، فهلكت الوديعة قبل أدائها للمحتال بلا تعد من المودع برئ المودع وبطلت الحوالة، وببطلانها يعود الدين على المحيل[2]، واستحقاق الوديعة للغير مبطل للحوالة كهلاكها.

فإن كان هلاكها بتقصير المودع وتعديه فلا تبطل الحوالة، بل يضمن المودع للمحتال

---

(١) انظر رد المحتار : ٥/ ٣٤٨، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق : ٤/ ١٧٢.

(٢) يستفاد من الدر ورد المحتار من أوسط الحوالة : ٥/ ٣٤٥ وما بعدها.

قيمتها إن كانت من القيميات، أو مثلها إن كانت من ذوات الأمثال.

أودع رجلًا ألفًا ثم أحال بها غريمه صحت، فإن هلكت الوديعة برئ المودَع، وعاد الدين على المحيل؛ لأن الحوالة مقيدة بها، وقد التزم المحال عليه الحوالة ورضي بها، فإذا هلك بدون تعديه انتقل الوفاء إلى ماله هو، ولم يلتزم ذلك فلا يطالب به؛ لوجود وفاء المحال به عنده.

ويرجع المحتال على المحيل، هذا إذا لم يشترط الخيار للمحال أو لم يفسخها المحيل والمحتال، أما إذا جعل للمحال الخيار بأن أحاله على أن له أن يرجع على أيهما شاء صح، إذا فسخت رجع المحتال على المحيل بدينه، ولذا قال في البدائع: إن حكمها ينتهي بفسخها وبالتوى.

أما إذا هلكت الوديعة بتعدي المحال عليه أو تقصيره فإنه يضمن، ولا تبطل الحوالة؛ لأنه ضامن لما تلف من الوديعة، ويحل ضمانها محلها، سواء كانت من ذوات الأمثال أو القيم، وهو ما قد توضحه المادة التالية.

***

❁ **(مادة ٨٨٢): إذا أحال المدين بدينه غريمه على المحتال عليه حوالة مقيدة بأدائه من العين المغصوبة التي عنده، فهلكت العين في يد الغاصب المحتال عليه قبل أدائها للمحتال، فلا تبطل الحوالة، ولا يبرأ المحتال عليه، بل يضمن للمحتال مثلها أو قيمتها، فإن استحقت العين المغصوبة للغير بطلت الحوالة وعاد المحتال بحقه على المحيل**[1].

إن هلك المغصوب المحال به لا تبطل الحوالة ولا يبرأ المحال عليه؛ لأن الواجب على الغاصب رد العين، فإن عجز رد المثل أو القيمة، فإذا هلك في يد الغاصب المحال عليه لا يبرأ؛ لأن له خلفًا، والفوات إلى خلف كلا فوات، فبقيت متعلقة بخلفه فيرد خلفه على المحتال، فلو استحق المغصوب بطلت لعدم ما يخلفه.

***

❁ **(مادة ٨٨٣): في كل موضع ورد فيه استحقاق المبيع الذي أحيل بثمنه إذا أدى المحتال عليه الثمن كان له الخيار في الرجوع، إن شاء رجع على المحتال القابض، وإن شاء رجع على المحيل**[2].

---

(١) يستفاد من الدر ورد المحتار من أوسط الحوالة: ٥/ ٣٤٧.

(٢) يستفاد من الدر ورد المحتار أواخر الحوالة: ٥/ ٣٤٩.

في كل موضع يؤدي فيه المحال عليه ما على المحيل من دين، فإنه يرجع على المحيل بما أدَّاه من دين، وبما تحمله من نفقات ومصروفات، وتجري المقاصة بين ما أدَّاه للمحال وبين ما عليه للمحيل، لكن إذا استحق ما بيد المحال عليه في الحوالة المقيدة فإنه يكون قد أدَّى ما لم يجب عليه؛ لفساد الحوالة عندئذ، فيكون له أن يرجع على من أدَّى إليه، وهو المحال، أو الآمر وهو المحيل، ولا تبطل الحوالة فيما رجحته المادة (١٠١٣) مدني أردني بسقوط الدين أو استحقاق العين في الحوالة المقيدة بهما إذا كان ذلك سابقًا عليها، أما إذا تلاها فإنه لا يفسد الحوالة.

***

الفَصْلُ الخَامِسُ

في حكم الحوالة
بعد موت أحد المتعاقدين

(مادة ٨٨٤): عقد الحوالة يفيد النقل والتحويل لا التمليك، سواء كانت الحوالة مطلقة، أو مقيدة، فإذا مات المحيل مديونًا قبل استيفاء المحتال جميع الدين من المحتال عليه فأقبضه منه في حياة المحيل فهو له - أي للمحتال - وما لم يقبضه فهو فيه أسوة لغرماء المحيل[١].

وإذا قسم الدين بين غرماء المحيل، فلا يرجع المحتال على المحتال عليه بالحصص التي أخذها الغرماء.

يرى جمهور الفقهاء عدم انفساخ الحوالة بموت المحيل؛ لأن المال قد تحول من ملك المحيل إلى ملك المحال، وما تأثير موت المحيل في الحوالة بعد صحتها ولزومها إلا كتأثير موت بائع السلعة بعد صحة البيع ولزومه، بل بعد إقباضه إياها فضلًا عن الصحة واللزوم؛ لأن الحوالة عندهم بمثابة الإقباض والتسليم.

نعم تتأثر الحوالة بموت المحال عليه؛ إذ يحل به دينها المؤجل، وفي ذلك يقول صاحب نهاية المحتاج: « لو أحال بمؤجل على مثله حلت الحوالة بموت المحال عليه، ولا تحل بموت المحيل؛ لبراءته بالحوالة »، ويؤخذ مثله من نص المالكية في الضمان، وفي الشرح الكبير للحنابلة: « فإن مات المحيل أو المحال فالأجل باق بحاله، وإن مات المحال عليه حلَّ الدين أي بموته »، ولا يعلم في حلول الدين بموت المدين خلاف لأحد من أرباب المذاهب المدونة سوى أحمد في إحدى هاتين الروايتين.

ويترتب على ذلك عند الجمهور أن ما قبضه المحال من المحال عليه، قبل موت المحيل أو بعده، في صحته أو مرضه، هو له خاصة لا يشركه فيه أحد من غرماء المحيل، كما لا يشركونه في سلعة كان اشتراها في حال الصحة، ويرى الحنفية: أنه إذا مات المحيل حوالة مطلقة لا تنفسخ هذه الحوالة، ثم إن كان له على المحال عليه مال فلا شأن للمحال بهذا المال ولا تعلق، لأن حقه في ذمة المحال عليه، وهذا المال تركة للمحيل، فيؤول إلى ورثته بعد أن تقضى منه الحقوق المقدمة، كالديون الأخرى غير دين المحال؛ لأنه لا يعود على المحيل ما دامت الحوالة قائمة، وموت المحيل لا يبطل الحوالة المطلقة.

---

(١) يستفاد حكم هذه المادة واللتين بعدها من رد المحتار أواخر الحوالة : ٥/ ٣٤٧.

أما في الحوالة المقيدة، فقد يموت المحيل قبل استيفاء دينها، وفي هذه الحالة تنفسخ الحوالة؛ لأن المال الذي قيدت به قد استحق من المحال عليه، ودخل في تركة المحيل، وعلى هذه التركة يعود المحال بدينه، ويكون أسوة الغرماء[1].

وفي رد المحتار إذا قسم الدين بين غرماء المحيل لا يرجع المحتال على المحال عليه بحصة الغرماء لاستحقاق الدين الذي كان عليه[2].

وفي المادة (١٠١٢) مدني أردني أنه:

١ - « إذا مات المحيل قبل استيفاء دين الحوالة المقيدة اختص المحال له بالمال الذي بذمة المحال عليه أو بيده في أثناء حياة المحيل.

٢ - ويبقى أجل الدين في الحوالة بنوعيها إذا مات المحيل، ويحل بموت المحال عليه ».

***

(مادة ٨٨٥): إذا مات المحيل وله ورثة لا غرماء، وكان موته قبل استيفاء المحتال دينه من المحتال عليه، فلورثة المحيل المطالبة به دون المحتال، وضمه إلى التركة، وحينئذ يتبع المحتال التركة.

لو مات المحيل وله ورثة لا غرماء، استظهر في « البحر » أن الدين المحال به قبل قبض المحتال يقسم بين الورثة، بمعنى أن لهم المطالبة به دون المحتال فيضم إلى تركته، وحينئذٍ فيتبع المحتال التركة[3]، وحكم المقيدة أن لا يملك المحيل مطالبة المحال عليه بما أحال عليه من الدين أو العين؛ لتعلق حق المحتال به على مثال الراهن، بخلاف المطلقة فلا تبطل الحوالة بأخذ ما عليه من الدين أو عنده من العين، ولو مات المحيل قبل قبض المحتال، كان الدين والعين المحال بهما بين غرمائه بالحصص؛ لكونه مال المحيل، ولم يثبت عليه يد الاستيفاء لغيره؛ لأن المحتال لم يملكه بها للزوم تمليك الدين من غير من هو عليه، وإنما وجب بها دين في ذمة المحال عليه مع بقاء دين المحيل[4].

***

(١) الموسوعة الفقهية : ١٨/ ٢٢٣.

(٢) انظر رد المحتار : ٥/ ٣٤٧.

(٣) انظر رد المحتار : ٥/ ٣٤٧، ٣٤٨.

(٤) انظر البحر الرائق شرح كنز الدقائق : ٦/ ٢٧٥.

(مادة ٨٨٦): إذا مات المحتال عليه مديونًا، يقسم ماله بين الغرماء وبين المحتال بالحصص، وما بقي للمحتال بعد القسمة يرجع به على المحيل.

إذا قسم الدين بين غرماء المحيل لا يرجع المحتال على المحال عليه بحصة الغرماء؛ لاستحقاق الدين الذي كان عليه، ولو مات المحيل وله ورثة لا غرماء فإن الدين المحال به قبل قبض المحتال يقسم بين الورثة، بمعنى أن لهم المطالبة به دون المحتال فيضم إلى تركته، وحينئذ فيتبع المحتال التركة، وكون المحتال أسوة الغرماء في الحوالة المقيدة يعلم منه بالأولى أن الحوالة المطلقة كذلك؛ لبطلان الحوالة بموت المحال عليه، وما يبقى للمحتال بعد القسمة يرجع به على المحيل، وأنه لو مات المحيل مديونًا فما قبضه المحتال فهو له، وما بقي يقسم بينه وبين الغرماء[1].

***

(مادة ٨٨٧): إذا مات المحتال، وكان المحتال عليه وارثًا له، بطل ما كان للمحيل على المحتال عليه، وكذا لو وهب المحتال مال الحوالة للمحتال عليه[2].

لو تبين براءة المحال عليه من دين المحيل لم تبطل الحوالة إذا كانت مطلقة، ولو أن المحال أبرأ المحال عليه من الدين صح، وإن لم يقبل المحال عليه، ولا يرجع المحال عليه على المحيل بشيء؛ لأن البراءة إسقاط لا تمليك، وإن وهبه له احتاج إلى القبول، وله أن يرجع على المحيل؛ لأنه ملك ما في ذمته بالهبة فصار كما لو ملكه بالأداء، وكذا لو مات المحيل فورثه المحال عليه له أن يرجع على المحيل؛ لأنه ملكه بالإرث، وقد وقعت حادثة الفتوى في المديون لابن عابدين فيما إذا باع شيئًا من دائنه بمثل الدين، ثم أحال عليه بنظير الثمن أو بالثمن فهل يصح أم لا؟ فأجاب: إذا وقع بنظيره صحت؛ لأنها لم تقيد بالثمن، ولا يشترط لصحتها دين على المحال عليه، وإن وقعت بالثمن فهي مقيدة بالدين، وهو مستحق للمحال عليه؛ لوقوع المقاصة بنفس الشراء؛ وقدمنا: أن الدين إذا استحق للغير فإنها تبطل؛ لأن الدين لم يسقط بأمر عارض بعد الحوالة؛ بل تبين براءة المحال عليه منه بأمر سابق.

***

(١) انظر رد المحتار على الدر المختار : ٥/ ٣٤٨.

(٢) يستفاد من رد المحتار أواخر الحوالة : ٥/ ٣٤٨، ومن التنقيح من أوائل الحوالة ص ٣٤١.

الفَصْلُ السَّادِسُ

في براءة المحتال عليه

❁ **(مادة ٨٨٨): يبرأ المحتال عليه بتأديته الدين المحال به، أو بإحالته المحتال على غيره، وقبول ذلك الغير الحوالة**[١].

يبرأ المحال عليه بأداء الدين إلى المحال له حقيقة أو حكمًا، فيشمل ذلك أداء المحال به، أو إبراء المحال له المحال عليه، أو إذا وهب المحال له المحال به، أو تصدق به وقبل المحال عليه يصير بريئًا من الدين أيضًا، وإذا أدى المحال عليه المحال به إلى المحال له أو أحال شخص آخر غير المحال عليه المحال له بالدين على نفسه – ولو كان هذا الغير المحيل – أو أبرأ المحالُ له المحالَ عليه من المحال به، فكما أن المحال عليه يصير بريئًا من الدين في هذه الصور الثلاث فإنه يبرأ من الدين أيضًا، فيما إذا وهب المحال له المحال به أو تصدق به عليه وقبله، وأما إذا لم يقبل المحال عليه الهبة والتصدق وردهما فيكونان مردودين، وإذا لم يقبل الهبة والتصدق المحال عليه ولم يردهما بل سكت، فهل تكون الهبة والصدقة صحيحتين ويبرأ المحال عليه من الدين؟ الظاهر أنه يبرأ.

وهكذا فإنه إذا أبرأ المحال له المحال عليه يصير المحال عليه بريئًا، وإن سكت المحال عليه أو قبل الإبراء أو رده، يعني أن الإبراء لا يكون مردودًا برد المحال عليه؛ لأن الحوالة عبارة عن التأجيل، والإبراء والإسقاط المذكور هو إسقاط للمطالبة، وهو إسقاط محض، وغير متضمن التمليك، وبناء عليه الرد الذي هو إسقاط محض غير ممكن.

ثم إذا أحال المدين دائنه على شخص بدينه، وبعد ذلك أحاله بالدين المذكور على شخص آخر، فالحوالة الثانية صحيحة، وتنفسخ الحوالة الأولى، ويبرأ المحال عليه الأول من الدين[٢].

***

---

(١) يستفاد من رد المحتار في أوسط الحوالة : ٥/ ٣٤٧، ومن أواخرها : ٥/ ٣٤٩، وجاء في بدائع الصنائع : ٦/ ٢٨ ومنها: أداء المحال عليه المال إلى المحال، فإذا أدى المال خرج عن الحوالة؛ إذ لا فائدة في بقائهما بعد انتهاء حكمها.

(٢) المادة (٦٩٩) من مجلة الأحكام العدلية.

❁ (مادة ٨٨٩): إذا أبرأ المحتال المحتال عليه سقط الدين وبرئ المحتال عليه منه، ولو لم يقبل، بحيث لو كان غير مديون للمحيل فلا يرجع عليه بشيء[١].

تقدم أن إبراء المحتال المحال عليه من الدين يصح، وإن لم يقبل المحال عليه، ولا يرجع المحال عليه على المحيل بشيء؛ لأن البراءة إسقاط لا تمليك.

ويتفق هذا مع مضمون المادة (٣٥٠) مدني عراقي، والمادة (١٠١٧) مدني أردني، ونصها: « تنتهي الحوالة أيضًا بأداء محلها إلى المحال له أداءً حقيقيًّا أو حكميًّا ».

والإبراء نوع من الأداء فتنتهي الحوالة به لانتهاء المقصود منها، وهو المطالبة بالدين.

***

❁ (مادة ٨٩٠): إذا وهب المحتال الدين للمحتال عليه وقبل الهبة فقد ملك الدين، فإن كان مديونًا للمحيل سقط عنه الدين قصاصًا، وإن لم يكن للمحيل كان له ولورثته الحق في مطالبته به[٢].

ينتهي حكم الحوالة إذا وهب المحال المال للمحال عليه وقبله[٣]، طبقًا للقاعدة السابقة الذكر، وهي: أن الحوالة تنتهي بأداء الدين المحال به حقيقة أو حكمًا، ومنه هبة المحال للمحال عليه الدين، وقد نصت المادة (٦٩٩) من مجلة الأحكام العدلية علي أنه: « كما أن المحال عليه يبرأ من الدين بأداء المحال به، أو إذا أخذه أحد حوالة على نفسه أو بإبراء المحال له المحال عليه، وإذا وهب المحال له المحال به أو تصدق به، وقبل المحال عليه يصير بريئًا من الدين أيضًا، وإذا أدَّى المحال عليه المحال به إلى المحال له، أو أحال شخص آخر غير المحال عليه المحال له بالدين على نفسه ولو كان هذا الغير المحيل »[٤].

***

❁ (مادة ٨٩١): لا يصح إبراء المحتال المحيل من الدين، ولا هبته منه[٥].

لو أبرأ المحتال المحيل عن الدين أو وهبه لا يصح[٦]؛ لأن الدين قد انتقل من ذمة إلى ذمة المحتال عليه، فلا يصح إبراء ذمة غير مشغولة بالدين عند الإبراء، كما أنه لا يصح الإبراء عن

---

(١) يستفاد من رد المحتار أواخر الحوالة : ٥/ ٣٤٨ وكذا ما بعدها.

(٢) يستفاد حكمها من تنقيح الحامدية أواخر الحوالة ص : ٢٤٣.

(٣) بدائع الصنائع : ٦/ ٢٨.

(٤) المادة (٦٩٩) من مجلة الأحكام العدلية.

(٥) يستفاد حكمها من تنقيح الحامدية أواخر الحوالة ص : ٢٤٣.

(٦) الفتاوى الهندية : ٣/ ٢٩٦.

دين قد ينشأ في المستقبل، كما لو توى الدين في الحوالة.

وفي تنقيح الفتاوى الحامدية: سئل فيما لو أبرأ المحتال المحيل، عمَّا كان على المحيل ثم مات المحال عليه مفلسًا بغير عين ولا دين ولا كفيل، فهل يرجع المحتال على المحيل، وتكون البراءة المزبورة غير صحيحة؟ الجواب: المصحح من المذهب أن الحوالة توجب البراءة من الدين، وهو قول أبي يوسف، وهو الصحيح، كما في جامع الرموز وفتح القدير، والفتوى على هذا كما في صور المسائل عن الظهيرية، قال الهمام فخر الدين قاضي خان: ولو أبرأ المحتال له المحيل عما كان على المحيل أو وهبه منه لا يصح. ا هـ.

وقد صرحوا بأنه إذا توى المال بأن يموت المحال عليه مفلسًا يرجع المحتال على المحيل، ففي هذه المسألة المسؤول عنها يرجع المحتال على المحيل[1]، لكن لو وهبه من المحيل بعد رجوع الدين إليه، بعجز المحال عليه وتفليسه، فإن الهبة تصح، وكذا الإبراء عندئذ.

***

(مادة ٨٩٢): السفتجة[2] بلا شرط المنفعة للمقرض جائزة، وإنما تكره تحريمًا إذا كانت المنفعة مشروطة أو متعارفة[3].

السفاتج جمع سفتجة بضم السين وفتح التاء فارسي معرب، أصله سفته، يقال للشيء

(١) تنقيح الفتاوي الحامدية : ١/ ٢٩٥.

(٢) السفاتج: جمع مفرده سفتجة بفتح السين والتاء أو بضمهما أو بضم السين وفتح التاء وهو الأشهر، وهذه كلمة معربة هي الأخرى، أصلها الفارسي سفتة بمعنى الشيء المحكم، وفي هذا المعنى ورد قولهم: كتبه سفاتج، للذي يكتب رسالة ينتفع بها وتروج بين الناس رواج السفاتج.

وتعرف السفتجة في الفقه بأنها: « معاملة مالية يقرض فيها إنسان قرضًا لآخر في بلد ليوفيه المقترض أو نائبه أو مدينه إلى المقرض نفسه أو نائبه أو دائنه في بلد آخر معين »، وعرفها صاحب دستور العلماء بأن: « يدفع تاجر مالًا بطريق القرض ليدفعه إلى صديقه في بلد آخر، وإنما أقرضه ليستفيد سقوط خطر الطريق »، وقد احتفظ القانون التجاري العراقي بمصطلح السفتجة، وأطلق هذه الكلمة على ما يرادف لفظ الكمبيالة أو البوليصة في القانون التجاري المصري والقوانين العربية المتأثرة به.

انظر الأوراق التجارية في الشريعة الإسلامية ص : ٢٢، ٢٣ لمحمد سراج، وقد ذهب الحنفية إلى القول بكراهة السفتجة؛ لأنها قرض جر نفعًا هو سقوط خطر الطريق، والواضح أن فقهاء المالكية كانوا أكثر استيعابًا بالمصالح التي تفيدها السفاتج في الأعمال التجارية، وهذه السفاتج التي أنكرها بعض العلماء كانت غالبة في التعامل، وانتقلت إلى النظم القانونية الغربية في العصور الوسطى.

(٣) يستفاد من الدر ورد المحتار من أواخر الحوالة ص : ٢٩٥.

وجاء في مجمع الأنهر ٢/ ١٥٠: « وإنما كرهت لورود النهي عن قرض جر نفعًا ». وفي ذلك يقول ابن الفصيح: =

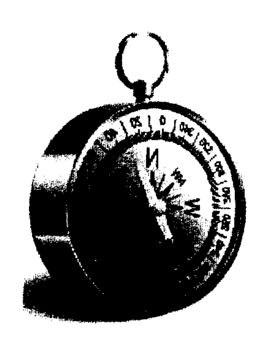
المحكم، وسمي هذا القرض به لإحكام أمره، وصورتها: أن يدفع إلى تاجر مالًا قرضًا ليدفعه إلى صديقه، وقيل: هو أن يقرض إنسانًا مالًا ليقضيه المستقرض في بلد يريده المقرض، وإنما يدفعه على سبيل القرض لا على سبيل الأمانة؛ ليستفيد به سقوط خطر الطريق، وهو نوع نفع استفيد بالقرض، وقد نهى رسول اللَّه ﷺ عن قرض جر نفعًا، وقيل: هذا إذا كانت المنفعة مشروطة؛ وأما إذا لم تكن فلا بأس بذلك[1].

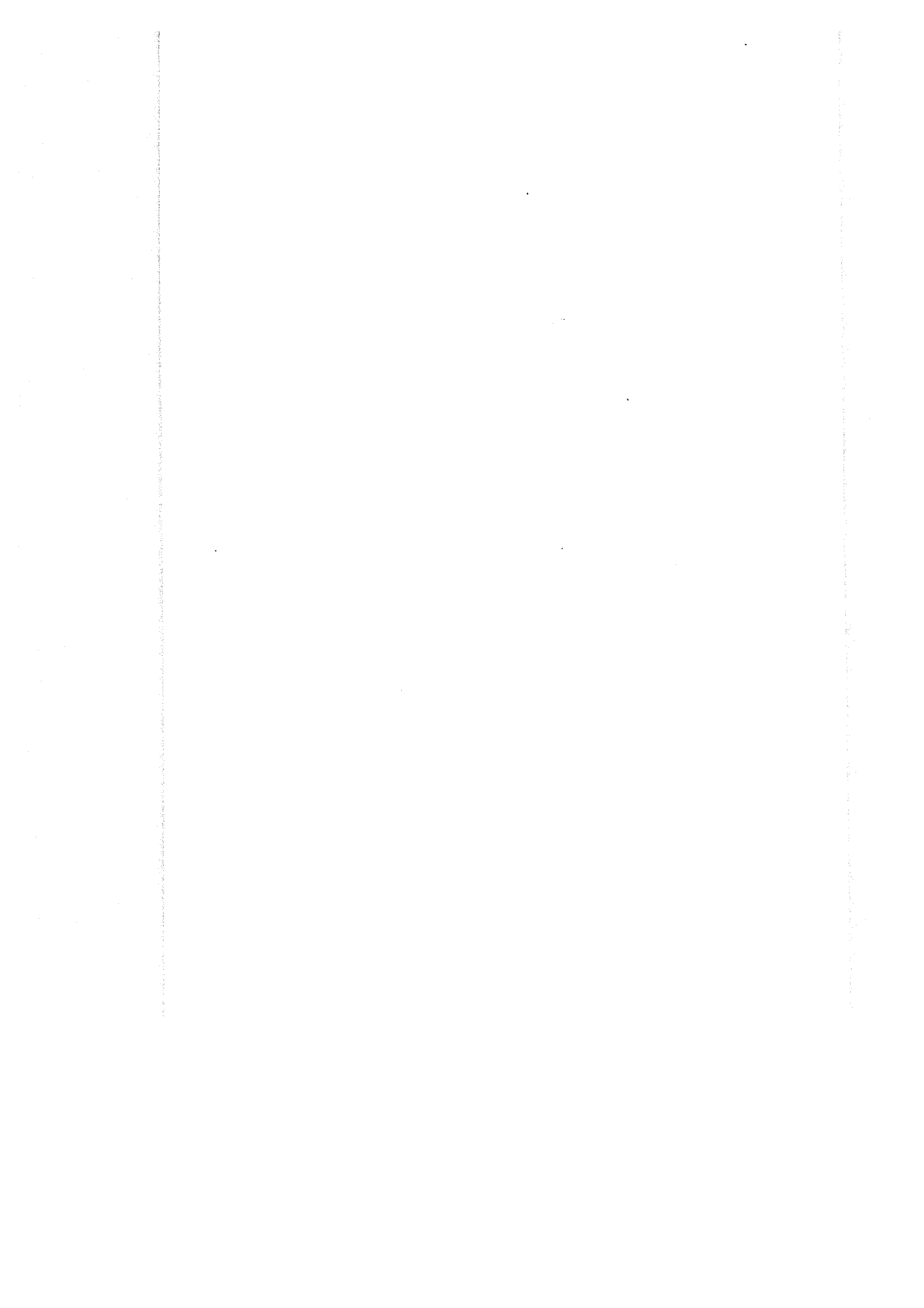
***

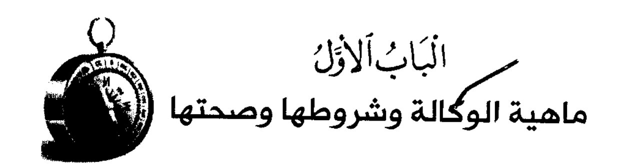
= وكرهت سفاتج الطريق وهي إحالة على التحقيق

(١) العناية شرح الهداية: ٧/ ٢٤٨.

كتاب الوكالة







الباب الأول
ماهية الوكالة وشروطها وصحتها

الفصل الأول

الوكالة وشروطها

(مادة ٨٩٣): التوكيل هو إقامة الغير مقام نفسه في تصرف جائز معلوم[١].

الوكالة في اللغة: عبارة عن الحفظ، ومنه الوكيل في أسماء اللّه تعالى بمعنى الحفيظ كما قال اللّه تعالى: ﴿ حَسْبُنَا ٱللَّهُ وَنِعْمَ ٱلْوَكِيلُ ﴾ [آل عمران: ١٧٣]؛ ولهذا قال علماؤنا - رحمهم اللّه - فيمن قال لآخر: « وكلتك بمالي »: إنه يملك بهذا اللفظ الحفظ فقط، وقيل: معنى الوكالة: التفويض والتسليم، ومنه التوكل، قال اللّه تعالى: ﴿ عَلَى ٱللَّهِ تَوَكَّلْنَا ﴾ [يونس: ٨٥] يعني فوضنا إليه أمورنا وسلمنا.

والوكالة في الاصطلاح الفقهي: تفويض التصرف إلى الغير، وتسليم المال إليه ليتصرف فيه. وللناس إلى هذا العقد حاجة ماسَّة. فقد يعجز الإنسان عن حفظ ماله عند خروجه للسفر، وقد يعجز عن التصرف في ماله لقلة هدايته وكثرة اشتغاله، أو لكثرة ماله، فيحتاج إلى تفويض التصرف إلى الغير بطريق الوكالة. وقد عرف جواز هذا العقد بالكتاب والسنة، أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿ فَٱبْعَثُوٓاْ أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمْ هَٰذِهِۦٓ إِلَى ٱلْمَدِينَةِ ﴾ [الكهف: ١٩] وهذا كان توكيلًا، وأما السنة: فما روي عن النبي ﷺ أنه وكَّل حكيم بن حزام ﷺ بشراء الأضحية[٢]، وبه عن جابر بن عبد اللّه أنه سمعه يحدث قال: أردت الخروج إلى خيبر فأتيت رسول اللّه ﷺ فسلمت عليه وقلت له: إني أردت الخروج إلى خيبر، فقال: « **إذا أتيت وكيلي فخذ منه خمسة عشر وسقًا فإن ابتغى منك آية فضع يدك على ترقوته** »[٣]، والدليل عليه: الحديث الذي بدأ به محمد الكتاب ورواه أبو يوسف ومحمد عن سالم عن الشعبي عن فاطمة بنت قيس - رضي اللّه عنها - أن أبا عمرو بن حفص طلقها ألبتة وهو غائب فأرسل إليها وكيله بشعير فتسخطته

---

(١) يستفاد حكم هذه المادة و اللتين بعدها من الدر من أوائل الوكالة : ٦/ ٢ وما بعدها.
وقد عرَّف الفقهاء الوكالة بأنها: إقامة الغير مقام نفسه ترفهًا أو عجزًا في تصرف جائز معلوم ».
ولمزيد من التفصيلات حول هذا المفهوم انظر: حاشية الطحطاوي : ٣/ ٢٦٤، الفتاوى الهندية : ٣/ ٥٦٠، مجمع الأنهر : ٢/ ٢٢١، الدر المختار : ٥/ ٥١٠، تبيين الحقائق : ٤/ ٢٥٤، مختصر أحكام المعاملات الشرعية ص : ١١٥، المعاملات الشرعية المالية لأحمد إبراهيم ص : ١٧٢، الوكالة في الفقه الإسلامي ص : ٢٣.
(٢) سنن البيهقي الكبرى : ٦/ ١١٢ برقم: (١١٣٩٨). (٣) سنن أبي داود : ٣/ ٣١٤ برقم: (٣٦٣٢).

فقال: واللَّه ما لك علينا من شيء فجاءتْ رسول اللَّه ﷺ فذكرتْ ذلك له فقال: « **ليس لك نفقة عليه** »[١] ففي هذا جواز التوكيل بالاتفاق[٢].

وقد نصت المادة (١٤٤٩) من مجلة الأحكام العدلية على أن: « الوكالة هي تفويض أحد في شغل لآخر، وإقامته مقامه في ذلك الشغل، ويقال لذلك الشخص: موكل، ولمَنْ أقامه: وكيل، ولذلك الأمر: موكل به »، وفي المادة (٩٠٦) من مشروع تقنين الشريعة على مذهب أبي حنيفة: « أن الوكالة إقامة الغير مقام نفسه في تصرف جائز معلوم يباشره الموكل بنفسه ».

وتتفق هذه المادة مع ما ورد في المادة (٦٩١) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، ونصها أن: « الوكالة عقد يقوم الوكيل بمقتضاه بتصرف قانوني لحساب الموكل ». والعملية القانونية المقصودة من عقد الوكالة هي قيام الوكيل بتصرف قانوني لحساب الموكل، وهذا هو جوهر تعريف الوكالة في القوانين المدنية العربية، طبقًا لما تعبر عنه المواد (٩٢٧) عراقي، (٦٦٥) سوري، (٨٣٣) مدني أردني، (٦٩٩) مصري، (٦٩٨) كويتي.

***

❁ (مادة ٨٩٤): يشترط لصحة الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف بنفسه فيما وُكِّل به بأن يعقل معنى العقد، وأن يكون الوكيل ممن يعقله أيضًا.

يشترط لصحة الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك فعل ما وكل به بنفسه؛ لأن التوكيل تفويض ما يملكه من التصرف إلى غيره، فما لا يملكه بنفسه، لا يحتمل التفويض إلى غيره. كما يشترط في الموكل أيضًا أن يكون عاقلًا وأهلًا للتصرف، وذلك بموجب الأحكام العامة للعقود[٣].

وهو ما عبرت عنه القوانين المدنية العربية في المواد (٩٣٠) عراقي، (٦٩٩) كويتي، (٨٣٤) أردني، ونصها:

١ - يشترط لصحة الوكالة:

(١) مسند الإمام أحمد بن حنبل : ٦/ ٤١٢ برقم: (٢٧٣٦٨).

(٢) المبسوط : ١٩/ ٢.

(٣) بدائع الصنائع : ٦/ ٣٠، العناية شرح الهداية : ٧/ ٥١٠، ٥١١، ومشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (٩٠٨) الطبعة التمهيدية، القسم الثاني، مجمع البحوث الإسلامية.

أ - أن يكون الموكل مالكًا حق التصرف بنفسه فيما وكل فيه.

ب - أن يكون الوكيل غير ممنوع من التصرف فيما وكل به.

جـ - أن يكون الموكل به معلومًا وقابلًا للنيابة.

٢ - ولا يشترط لصحة الوكالة بالخصومة رضا الخصم.

وفي المادة (٦٩٢) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية أنه: « يجب أن يكون الموكل أهلًا لإبرام التصرف الذي وكل فيه ».

* * *

(مادة ٨٩٥): لا يصح توكيل مجنون وصبي لا يعقل مطلقًا، ولا توكيل صبي بتصرف ضار ضررًا محضًا ولو أذن به الولي أو الوصي، ويصح توكيله بالتصرف الذي ينفعه بلا إذن وليه أو وصيه، وبالتصرف الدائر بين الضرر والنفع إن كان مأذونًا بالتجارة، فإن كان محجورًا ينعقد توكيله موقوفًا على إذن وليه أو وصيه..

« لا يصح عقد العقود من المجنون والصبي الذي لا يعقل أصلًا؛ لأن العقل من شرائط الأهلية، ألا ترى أنهما لا يملكان مباشرة العقود، كما أن الصبي العاقل لا يملك التصرفات الضارة ضررًا محضًا كالطلاق والعتاق والهبة والصدقة، ويصح بالتصرفات النافعة المحضة كقبول الهبة والصدقة من غير إذن المولى؛ لأنه مما يملكه بنفسه بدون إذن وليه فيملك تفويضه إلى غيره بالتوكيل، وأما التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع كالبيع والإجارة فإن كان مأذونًا له في التجارة يصح منه التوكيل بها؛ لأنه يملكها بنفسه، وإن كان محجورًا ينعقد موقوفًا على إجازة وليه وعلى إذن وليه بالتجارة أيضًا، كما إذا فعل بنفسه لأن في انعقاده فائدةً لوجود المجيز للحال وهو الولي »[1].

وقد نصت المادة (١٤٥٧) من مجلة الأحكام العدلية على أنه : « يشترط أن يكون الموكل مقتدرًا على إيفاء الموكل به، بناء عليه، فلا يصح توكيل الصبي غير المميز والمجنون، وأما في الأمور التي هي ضرر محض في حق الصبي المميز، فلا يصح توكيله وإن أذنه الولي، وذلك كالهبة والصدقة، وفي الأمور التي هي نفع محض يصح توكيله وإن لم يأذنه الولي، وذلك كقبول الهبة والصدقة، وأما في التصرفات المتعلقة بالبيع والشراء المترددة بين النفع والضرر فإن كان الصبي مأذونًا بها فله أن يوكل، وإلا فالتوكيل ينعقد موقوفًا على إجازة وليه ».

---

(١) بدائع الصنائع : ٦/ ٣١.

وهو ما جاء كذلك في المادة (٩٠٨) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان.

***

❁ (مادة ٨٩٦): تنعقد الوكالة بإيجاب وقبول، ويشترط علم الوكيل بالوكالة فإن ردَّها الوكيل بعد علمه بها ارتدت ولا يصح تصرفه بعد رَدِّه[1].

تنعقد الوكالة بإيجاب وقبول؛ فالإيجاب من الموكل أن يقول: وكَّلتك بكذا أو افعل كذا أو أذنت لك أن تفعل كذا ونحوه. والقبول من الوكيل أن يقول: قبلت وما يجري مجراه، فما لم يوجد الإيجاب والقبول لا يتم العقد؛ ولهذا لو وكَّل إنسانًا بقبض دينه فأبى أن يقبل ثم ذهب الوكيل فقبضه لم يبرأ الغريم؛ لأن تمام العقد بالإيجاب والقبول وكل واحد منهما يرتد بالرد قبل وجود الآخر كما في البيع ونحوه.

وقد نصت المادة (١٤٥١) من مجلة الأحكام العدلية، على ما يلي: « ركنُ التوكيل الإيجابُ والقبولُ، وذلك بأن يقول الموكل: وكَّلتك بهذا الأمر، فإذا قال الوكيل: قبلت أو قال كلامًا آخر يشعر بالقبول، تنعقد الوكالة، كذلك لو لم يقل شيئًا وتشبَّث بإجراء ذلك الأمر يصح تصرفه؛ لأنه يكون قد قبل الوكالة دلالةً ولكن لو ردها الوكيل بعد الإيجاب لا يبقى لها حكم. بناء عليه لو قال: وكَّلتك بهذا الأمر ورد الوكيلُ الوكالة بقوله: لا أقبل ثم باشر إجراء الموكل به لا يصح تصرفه ». وهو ما جاء كذلك في المادة (٩٠٧) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب أبي حنيفة.

***

❁ (مادة ٨٩٧): يصح أن يكون ركن التوكيل مطلقًا، وأن يكون مقيدًا بقيد، أو معلقًا بشرط، أو مضافًا إلى وقت مستقبل[2].

ركن التوكيل قد يكون مطلقًا، وقد يكون معلقًا بالشرط، نحو أن يقول: « إن قدم زيد؛ فأنت وكيلي في بيع هذا العبد »، وقد يكون مضافًا إلى وقت بأن يقول: « وكَّلتك في بيع هذا العبد غدًا »، ويصير وكيلًا في الغد فما بعده، ولا يكون وكيلًا قبل الغد؛ لأن التوكيل إطلاق

---

(١) يستفاد من تكملة رد المحتار من أوائل الوكالة : ٥/ ٥١٠، ومن الهندية من أوائل كتاب الوكالة من الباب الأول في بيان معناها ص : ٤٣٧.

(٢) يستفاد من الهندية من أوسط الباب الأول في بيان معناها ص : ٤٤٠، ومن أواخر الباب المذكور ص : ٤٤٣، ومن تكملة رد المحتار : ٥/ ٥١٢ وما بعدها.

التصرف، والإطلاقات مما يحتمل التعليق بالشرط والإضافة إلى الوقت كالطلاق، والعتاق وإذن العبد في التجارة، والتمليكات كالبيع والهبة والصدقة والإبراء عن الديون، والتقييدات كعزل الوكيل، والحجر على العبد المأذون، والرجعة، والطلاق الرجعي لا يحتمل ذلك[1].

وقد نصت المادة (١٤٥٦) من مجلة الأحكام العدلية على أنه : « يكون ركن التوكيل مرةً مطلقًا، يعني لا يكون معلقًا بشرط أو مضافًا إلى وقت أو مقيدًا بقيد، ومرةً يكون معلقًا بشرط، مثلًا: لو قال: وكَّلتك على أن تبيع فرسي هذا إذا أتى فلان التاجر إلى هنا، وقَبِلَ الوكيلُ ذلك، تنعقد الوكالة معلقة بمجيء التاجر، وللوكيل أن يبيع الفرس إذا أتى التاجر وإلا فلا، ومرةً يكون مضافًا إلى وقت، مثلًا: لو قال: وكلتك على أن تبيع دوابي في شهر نيسان وَقَبِلَ الوكيل ذلك يكون بحلوله وكيلًا، وله أن يبيع الدواب في ذلك الشهر أو بعده وأما قَبْلَ حلوله فليس له أن يبيع. ومرةً يكون مقيدًا بقيد. مثلًا: لو قال: وكلتك على أن تبيع ساعتي هذه بألف درهم تكون وكالة الوكيل مقيدة بعدم البيع بأقلَّ من ألف درهم ».

وهو ما جاء كذلك في المادة (٨٣٥) مدني أردني، ونصها: « يصح أن يكون التوكيل مطلقًا أو مقيدًا أو معلقًا على شرط أو مضافًا إلى وقت مستقبل ».

***

❁ (مادة ٨٩٨): الإذن والأمر يعتبران توكيلًا، والإرسال لا يعتبر توكيلًا، والإجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة، فإذا باع فضولي مال غيره بلا إذنه فأجاز صاحب المال البيع يكون كما لو وكل الفضولي بالبيع أولًا[2].

لا يتقيد عقد الوكالة بألفاظ مخصوصة، فكل ما يفيد الرضا بتفويض التصرف للغير ابتداءً أو لاحقًا يصلح لإنشاء الوكالة، أما الرسول فسفيرٌ ومعبرٌ عن المرسل ويضيف التصرف إلى مرسله.

ولهذا لو قال له: اعمل برأيك انعقدت، أو وكلتك في بيع كذا أو شرائه انعقدت الوكالة. ولو اشترى له شيئًا فأجازه فيما بعد صح الشراء؛ لأن الإجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة[3].

---

(١) بدائع الصنائع : ٦/ ٣٠، والمغني : ٥/ ١١.

(٢) يستفاد حكم صدرها من تكملة رد المحتار من أوائل الوكالة : ٥/ ٥١٢، وما بعده من الهندية من أوسط الباب الأول من كتاب الوكالة ص : ٤٤٠، حيث جاء: « إذا وكل إنسان آخر بتصرف خاص فسكت الآخر، ثم باشر ذلك التصرف ولو بعد حين كان ذلك منه قبولًا تتم به الوكالة ». وانظر المادة (١٤٥٣) من مجلة الأحكام العدلية.

(٣) تبيين الحقائق : ٤/ ٢٧٥.

أما الرسالة: فليست من قبيل الوكالة؛ مثلًا: لو أراد الصيرفيُّ إقراضَ أحدٍ دراهمَ، وأرسل خادمه للإتيان بها يكون الخادم رسول ذلك المستقرض، ولا يكون وكيله بالاستقراض، كذلك الشخص الذي أرسله أحد إلى السمسار على أن يشتري منه فرسًا إذا قال له: إن فلانًا يريد أن يشتري منك الفرس الفلاني، وقال السمسار: بعته إياه بكذا، اذهب وقل له وسلِّم هذه الفرس إليه، فإذا أتى الشخص وسلَّم الفرس إليه وقبل ذلك على المنوال المشروح ينعقد البيع بين السمسار وبين المرسل إليه، ولا يكون ذلك الشخص إلا واسطة ورسولًا، وليس بوكيل، وكذلك لو قال أحد للجزار: أعط لأجلي كل يوم مقدار كذا لحمًا إلى خادمي فلان الذي يذهب ويأتي إلى السوق، وأعطاه ذلك على هذا الوجه يكون ذلك الخادم رسولَ سيدِهِ ولا يكون وكيله[1].

وقد جاء في المادة (١٤٥٢) من المجلة العدلية أن: « الإذن والإجازة توكيل »، وهو ما عبرت عنه المادة (٨٣٩) مدني أردني، ونصها: « تعتبر الإجازة اللاحقة للتصرف في حكم الوكالة السابقة ».

***

❁ (مادة ٨٩٩): كل عقد جاز للموكل أن يعقده بنفسه جاز أن يوكل به غيره[2].

فيجوز لمن توفرت فيه شروط الأهلية أن يوكل غيره بإيفاء واستيفاء كل حق متعلق بالمعاملات وبالبيع والشراء والإيجار والاستئجار والرهن والارتهان والإيداع والاستيداع والهبة والاتهاب والصلح والإبراء والإقرار والدعوى وطلب الشفعة والقسمة ونحو ذلك من الحقوق ما عدا التوكيل باستيفاء القصاص حال غيبة الموكل فإنه لا يجوز[3].

كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه جاز أن يوكل به غيره؛ لأن الإنسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه، فيحتاج إلى أن يوكل غيره، فيجوز دفعًا للحاجة. وقد صحَّ « أن النبي ﷺ وكَّل بالشراء حكيم بن حزام، وبالتزويج عمر بن أم سلمة - رضي اللَّه عنهما - » فيجوز

---

(١) (المادة ١٤٥٤) من مجلة الأحكام العدلية، مجمع الضمانات ص: ٢٥٥ - ٢٥٨.

(٢) يستفاد من الدر من أوائل كتاب الوكالة : ٥/ ٥١٤، ومن أوسط الباب الأول في بيان معناها ص : ٤٤٠ من الهندية.
وجاء في المادة (١٤٥٩) من مجلة الأحكام العدلية على أنه: « يصح أن يوكل واحد غيره في الأمور التي له أن يباشرها بنفسه ».

(٣) الفتاوى الهندية : ٣/ ٥٦٤، بدائع الصنائع : ٦/ ٣٣، حيث جاء: « وأما التوكيل باستيفاء القصاص، فإن كان الموكل وهو المولى حاضرًا جاز؛ لأنه قد لا يقدر على الاستيفاء بنفسه فيحتاج إلى التوكيل، وإن كان غائبًا لا يجوز؛ لأن احتمال العفو قائم لجواز أنه لو كان حاضرًا لعفا، فلا يجوز استيفاء القصاص مع قيام الشبهة، وهذا المعنى منعدم حالة الحضور ».

التوكيل بالبياعات، والأشربة، والإجارات، والنكاح، والطلاق، والعتاق، والخلع، والصلح، والإعارة، والاستعارة، والهبة، والصدقة، والإيداع، وقبض الحقوق، والخصومات، وتقاضي الديون، والرهن، والارتهان ».

فيجوز التوكيل بإيفاء جميع الحقوق والاستيفاء إلا في استيفاء الحدود والقصاص، فإنه لا يجوز مع غيبة الموكل عن المجلس؛ لأنها تسقط بالشبهات فلا يستوفى بما يقوم مقام الغير لما فيه من نوع شبهة على ما نبين. وقال الشافعي - رحمه اللَّه -: يستوفى الوكيل القصاص في حال غيبة الموكل؛ لأنه حق العبد. ولنا: أنه عقوبة، فيسقط بالشبهات. وشبهة العفو ثابتة في حال غيبة الموكل لجواز أن يكون الموكل قد عفا، بل هو الظاهر؛ إذ العفو مندوب إليه. قال اللَّه تعالى: ﴿ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِۦ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُۥ ﴾ [المائدة: ٤٥] بخلاف ما إذا كان الموكل حاضرًا؛ لأنه لا تتمكن فيه شبهة العفو. وقد يحتاج الموكل إلى ذلك لقلة هدايته في الاستيفاء، أو لأن قلبه لا يحتمل ذلك بخلاف الاستيفاء في غيبة الشهود؛ لأن رجوعهم نادر فلا يتوهم.

ويجوز التوكيل بإثبات القصاص وحد القذف والسرقة بإقامة البينة، فإذا قامت وثبت الحق فللموكل استيفاؤه، وقال أبو يوسف: لا يجوز التوكيل بإثباتها أيضًا كما لا يجوز باستيفائها، وقول محمد مضطربٌ، والأظهر أنه مع أبي حنيفة - رحمه اللَّه - إلا أنه يجوزه من غير عذر ولا رضا الخصم، وعند أبي حنيفة: لا يجوز إلا بأحدهما، وقيل: هذا الخلاف في حال غيبة الموكل، وأما حال حضرته فهو جائز إجماعًا؛ لأن كل كلام يوجد من الوكيل ينتقل إلى الموكل إذا لم يكن فيه عهدة على الوكيل لما عرف في موضعه لأبي يوسف - رحمه اللَّه - أن الوكيل بمنزلة البدل عن الأصل ولا مدخل للإبدال في هذا الباب، ولهذا لا تجوز فيه الشهادة على الشهادة ولا كتاب القاضي إلى القاضي ولا شهادة النساء ولا من الأخرس؛ لأن إشارته بدل عن العبارة ولأن المقصود من الإثبات الاستيفاء، فإذا لم يصح به لا يصح بالإثبات أيضًا.

ولهما: أن التوكيل تناول ما ليس بحد ولا قصاص ولا يضاف وجوب الحد إلى الخصومة فيصح التوكيل فيها كما في سائر الحقوق، وهذا لأن وجوبَ الحد مضافٌ إلى الجناية وظهورَه مضافٌ إلى الشهادة، والخصومة شرطٌ محضٌ لا أثر لها في الوجوب ولا في الظهور؛ إذ الحكم لا يضاف إلى الشرط ويمكن التدارك إذا وقع فيه الغلط بخلاف الاستيفاء وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب مَنْ عليه الحد والقصاص، وكلام أبي حنيفة فيه أظهر؛

لأن التوكيل فيه وقع بدفع دعوى القصاص والحدود، ودفعها يثبت مع الشبهة حتى يثبت العفو عن القصاص بالشهادة على الشهادة وبشهادة النساء مع الرجال، غير أن إقرار الوكيل لا يقبل عليه استحسانًا؛ لأن فيه شبهة عدم الأمر به والتوكل بإثبات حد الزنا، والشرب لا يصح اتفاقًا؛ لأنه لا حق لأحد فيه، وإنما تقام البينة على وجه الحسبة، فإذا كان أجنبيًّا عنه لا يجوز توكيله به[١]، وهو ما جاء في المادة (٩١٠) من تقنين الشريعة على مذهب أبي حنيفة، ونصها: « تجوز الوكالة له في إيفاء الحقوق واستيفائها، ولا يصح التوكيل باستيفائها في الحدود والقصاص مع غيبة الموكل ».

***

❁ (مادة ٩٠٠): يصح تخصيص الوكالة بتخصيص الموكل به، وتعميمها بتعميمه؛ فمن وكَّل غيره توكيلًا مطلقًا مفوضًا بكل حق هو له، وبالخصومة في كل حق له صحت الوكالة ولو لم يعيِّن المخاصم به والمخاصم[٢].

الوكالة تتخصص بتخصيص الموكل وتعمم بتعميمه، فلو وكله بكل حق هو له، وبخصومته في كل حق له، ولم يعين المخاصم به والمخاصم فيه جاز.

ولو قال: وكلتك في جميع أموري التي يجوز بها التوكيل كانت الوكالة عامة تتناول البياعات والأنكحة.

وفي فتاوى قاضي خان: أنه لو قال: أنت وكيلي في كل شيءٍ جائزٍ أمرك، يصير وكيلًا في جميع التصرفات المالية كالبيع والشراء والهبة والصدقة، واختلفوا في الإعتاق والطلاق والوقف، قال بعضهم: يملك ذلك لإطلاق لفظ التعميم. وقال بعضهم: لا يملك ذلك إلا إذا دلَّ دليل سابقة الكلام ونحوه، وذكر الناطفي: إذا قال: أنت وكيلي في كل شيء جائز صنعك، روى عن محمد: أنه وكيل في المعاوضات والإجارات والهبات والإعتاق، وعن أبي حنيفة أنه وكيل في المعاوضات لا في الهبات والإعتاق، قال: عليه الفتوى، وهذا قريب مما اختاره الفقيه أبو الليث. وقال في الأشباه والنظائر: الوكيل إن كانت وكالته عامة ملك كل شيء إلا طلاق الزوجة وعتق العبد ووقف البيت[٣].

وتفرق القوانين العربية بين نوعي الوكالة العامة والخاصة؛ فالوكالة العامة هي الواردة

---

(١) تبيين الحقائق : ٤/ ٢٥٦.

(٢) يستفاد من الدر ورد المحتار من أوائل الوكالة : ٥/ ٥١٢، ومن تكملة رد المحتار من أوائلها ص : ٢٥٦.

(٣) درر الحكام شرح غرر الأحكام : ٢/ ٢٨٣.

في ألفاظ عامة بلا تخصيص لنوع التصرف القانوني محل الوكالة، أما الوكالة الخاصة فهي الواردة في ألفاظ تخصص نوع التصرف القانوني محل الوكالة، وهو ما عبرت عنه المواد (٧٠١) مدني مصري، (٧٠١) كويتي، (٨٣٧) أردني.

***

❁ (مادة ٩٠١): يصح تفويض الرأي للوكيل فيتصرف فيما وكِّل به كيف شاء، ويصح تقييده بتصرف مخصوص[1].

وفي الفقه الإسلامي تنقسم الوكالة إلى: وكالة عامة ووكالة خاصة. فالوكالة العامة - ويقال لها: الوكالة المفوضة -: تشمل جميع التصرفات، حتى أعمالَ التبرع على خلافٍ في الرأي. والوكالة الخاصة: يتم فيها تعيين التصرف محل الوكالة. فإذا لم تنظر الوكالة على تفويض للوكيل أو تعيين للتصرف، فإنها تكون باطلة في رأي، وتقتصر على أعمال الحفظ في رأي آخر. وفيما يلي بعض النصوص في هذا الصدد:

فقد نصت المادة (٢٤٦) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك على ما يأتي: « الوكالة نوعان: وكالة مفوضة: وهي تفويض التصرف للوكيل في كل ما تصح النيابة فيه من الحقوق المالية وغيرها، إلا ما استثناه الموكل منها أو دل العرف على عدم اندراجه فيها. ووكالة خاصة: وهي تعيين التصرف للوكيل في شيء خاص بنص أو عرف. فإن لم تقيد الوكالة بتفويض ولا بتعيين فإنها تكون باطلة ».

وجاء في إيضاح هذه المادة ما يأتي: « الوكالة المفوضة كقول الموكل للوكيل: وكلتك وكالة مفوضة أو في جميع أموري. وما دل العرف على عدم اندراجه فيها، كالطلاق والنكاح وبيع ما يحتاج إليه الموكل. فإن العرف يدل على عدم اندراج هذه الأشياء تحت عموم الوكالة. وإنما يفعلها الوكيل بتوكيل خاص. ويسمى الوكيل في هذا النوع بالوكيل المفوض.

والوكالة الخاصة بالنص كقوله: وكلتك على بيع داري هذه أو على تزويج ابنتي فلانة.

والوكالة الخاصة بالعرف كقوله: وكلتك على بيع دوابي، وكان العرف يقتضي تخصيصها أي قصرها على دوابِّ التجارة دون دوابِّ القنية - بكسر القاف وضمها - ويسمى الوكيل في هذا النوع بالوكيل الخاص.

---

(١) يستفاد حكم هذه المادة والتي بعدها من الدر من أواخر فصل: لا يعقد وكيل البيع والشراء : ٥/ ٥٢٨، حيث جاء: « يجوز للموكل أن يفوض الرأي للوكيل في هذا التصرف الذي وكله فيه، فيتصرف كيف شاء في حدود ما منحه من ولاية ».

والوكالة المطلقة أي التي لم تقيد بتفويض ولا بتعيين؛ كقوله: وكَّلتك أو أنت وكيلي بدون ذكر الموكل فيه. وما جرينا عليه في النص من بطلان الوكالة المطلقة هو قول ابن بشير، وهو الذي جرت عليه المراجع التي بأيدينا. وقال ابن يونس وابن رشد بصحتها وحملها على الوكالة العامة. والقول الأول أظهر؛ لأن الوكالة المطلقة لا تدل عرفًا على شيء »[١].

ونصت المادة (٩٠٦) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة على ما يأتي: « الوكالة إقامة الغير مقام نفسه في تصرف جائز معلوم يباشره الموكل بنفسه ».

***

(مادة ٩٠٢): إذا كان الأمر مفوضًا لرأي الوكيل جاز له أن يوكل به غيره، ويعتبر الوكيل الثاني وكيلًا عن الموكل، فلا ينعزل الوكيل الثاني بعزل الوكيل الأول ولا بوفاته[٢].

تشتمل الوكالة على ملاحظة الكفاءة والاعتبارات الشخصية فيما يتفاوت فيه الناس؛ ولذا فليس للوكيل أن يوكل فيما وكل به؛ لأنه فوض إليه التصرف دون التوكيل به، وهذا لأنه رضي برأيه والناس متفاوتون في الآراء، إلا أن يأذن له الموكل لوجود الرضا أو يقول له: اعمل برأيك، لإطلاق التفويض إلى رأيه، وإذا جاز في هذا الوجه يكون الثاني وكيلًا عن الموكل حتى لا يملك الأول عزله، ولا ينعزل بموته وينعزلان بموت الأول[٣].

وقد نصت المادة (١٤٦٦) من مجلة الأحكام العدلية على أنه : « ليس لمن وكل بأمر أن يوكل به غيره إلا أن يكون الموكل قد أذنه بذلك، وقال له: اعمل برأيك؛ إذ للوكيل حينئذ أن يوكل غيره. وفي هذه الصورة يكون الذي وكله الوكيل وكيلًا للموكل، ولا يكون وكيلًا لذلك الوكيل، حتى إنه لا ينعزل الوكيل الثاني بعزل الوكيل الأول أو بوفاته ».

وهو ما ورد كذلك في المادة (٩٣٨) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، والتي تنص على أنه : « إذا وكَّل الوكيل غيره بإذن موكله صار الوكيل الثاني وكيلًا للموكل الأول ».

هذه المادة تتفق مع ما ورد في المادة (٧٠٣) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، ونصها:

١ - « إذا أناب الوكيل عنه غيره في تنفيذ الوكالة، دون أن يكون مرخصًا له في ذلك، كان

---

(١) القوانين الفقهية ص : ٣١٥، الشرح الكبير وحاشيته : ٢/ ٣٤٢.

(٢) جاء في الدر المختار : ٥/ ٥٢٨: « وإن وكل به أي بالأمر أو التفويض فهو - أي الثاني - وكيل الآمر، وحينئذ فلا ينعزل بعزل موكله أو موته، ولا ينعزلان بموت الأول ».

(٣) العناية شرح الهداية : ٨/ ٩٩.

مسؤولًا عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه، ويكون الوكيل ونائبه في هذه الحالة متضامنين في المسؤولية.

٢ - أما إذا رخص للوكيل في إقامة نائب عنه دون أن يعين شخصَ النائب، فإن الوكيل لا يكون مسؤولًا عن خطئه في اختيار نائبه، أو عن خطئه فيما أصدره له من تعليمات.

٣ - ويجوز في الحالتين السابقتين للموكل ونائب الوكيل أن يرجع كلٌّ منهما مباشرة على الآخر ».

وهو ما عبَّرت عنه كذلك المواد (٧٠٨) مصري، (٩٣٩) عراقي، (٧١٠) كويتي، (٨٤٣) مدني أردني.

وبمقتضى المادة الذكورة، فإن للوكيل أن ينيب عنه غيره إذا رخص له الموكل في ذلك، وله ذلك أيضًا دون حاجة إلى ترخيص من الموكل. ومن ثَمَّ تكون القاعدة طبقًا لهذه المادة أن للوكيل أن ينيب عنه غيره، ما لم يمنعه الموكل من ذلك. فإذا منعه وأناب الوكيل مع ذلك عنه غيره فإن الإنابة تكون باطلة.

أما في الفقه الإسلامي، فلا يجوز للوكيل أن ينيب عنه غيره إلا بإذن الموكل، فإذا أذنه الموكل أصبح نائب الوكيل وكيلًا للموكل حتى أنه لا ينعزل بعزل الوكيل.

ونصت المادة (٣٥١) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك على ما يأتي: « لا يجوز للوكيل غير المفوِّض أن يوكِّلَ غيره على ما وكل فيه بغير إذن موكله، إلا أن يكثر ما وكل عليه فيجوز له أن يوكل غيره على سبيل المعاونة له لا على سبيل الاستقلال بالتصرف. فإن كان مفوضًا، جاز له توكيل غيره مطلقًا »[1].

***

(مادة ٩٠٣): إذا وكل وكيلين بعقد واحد[2] فليس لأحدهما أن ينفرد بالتصرف فيما وكِّل به إلا إذا كان لا يحتاج فيه إلى الرأي كإيفاء الدين ونحوه[3] أو كان لا يمكن اجتماعهما عليه كالخصومة فإنه يجوز لكلٍّ منهما الانفراد وَحْدَه بشرط رأي الآخر في الخصومة لا حضرته[4]،

(١) الشرح الكبير وحاشيته : ٣/ ٣٤٩، الشرح الصغير : ٢/ ٢٠٤.

(٢) في طبعة دار الفرجاني « يعقد واحد » والمثبت من طبعة نظارة المعارف وهو الصحيح.

(٣) هذه المادة تتفق مع ما ورد في المادة (٧٠٢) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٤) جاء في الفتاوى الهندية ٣/ ٦٢٤: « إذا وكل رجلين فليس لأحدهما أن يتصرف فيما وُكِّلا فيه دون الآخر إذا وكلهما بكلام واحد، بأن قال: وكلتكما ببيع عبدي هذا ».

فإن وكَّلهما بعقدين جاز لكل منهما الانفراد بالتصرف مطلقًا[(١)].

تقدم استناد الوكالة إلى ملاحظة الاعتبارات الشخصية، فإذا أناب الموكل عنه أكثر من شخص، ولم يأذن لأحدهم على الانفراد وجب عليهم الوفاء بالعمل مجتمعين ولا ينفرد أحدهم بالتصرف؛ لأن الموكل رضي برأيهم على الاجتماع حتى ولو كان البدل مقدرًا؛ لأن تقديره لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة والنقصان، وفي اختيار البائع والمشتري ونحو ذلك. وهذا في تصرف يحتاج فيه إلى الرأي ويمكن اجتماعهم فيه وكان توكيلهم بلفظ واحد، أما ما لا يحتاج فيه إلى الرأي كالطلاق والعتاق بغير عوض أو لا يمكن الاجتماع فيه كالخصومة فإنه يجوز لأحدهم أن يتصرف فيه دون صاحبه.

وكذا إذا كان توكيلهم على التعاقب فيجوز لأحدهم أن ينفرد بالتصرف؛ لأنه رضي برأي كل واحد منهم على الانفراد وقت توكيله فلا يتغير ذلك، بخلاف الوصيين إذا أوصى إلى كلٍّ واحد منهما بكلام على حدة؛ حيث لا يجوز لأحدهما أن ينفرد بالتصرف في الأصح؛ لأن وجوب الوصية بالموت، وعند الموت صارا وصيين جملة واحدة، والوكالة حكمها يثبت بنفس التوكيل، فإذا أفرد كل واحد منهما بالعقد استبد كل واحد منهما بالتصرف، وإذا وكلهما بكلام واحد لا ينفرد به أحدهما، ولو باع أحدهما بحضرة صاحبه، فإن أجازه صاحبه جاز وإلا فلا، ولو كان غائبًا فأجازه لم يجز في قول أبي حنيفة، وإن مات أحدهما أو ذهب عقله لم يجز للآخر أن يتصرف وحده لعدم رضاه برأيه وحده. قال - رحمه اللَّه -: إلا في خصومة وطلاق وعتاق بلا بدل وردِّ وديعةٍ وقضاءِ دينٍ؛ لأن هذه الأشياء لا يحتاج فيها إلى الرأي. والخصومة، وإن كان يحتاج فيها إلى الرأي، لكن اجتماعهما في التكلم في مجلس القاضي متعذر؛ لأنه يؤدي إلى التلبيس على القاضي وإلى الشغب، والرأي يحتاج إليه سابقًا على الخصومة، ولا يشترط حضور صاحبه وقت الخصومة عند عامتهم؛ لأنه لا يتعلق بسماعه الخصومة وهو ساكت فائدة، وطلاق الزوجة والعتق بلا بدل لا يحتاج فيه إلى الرأي إلا إذا قال: طلقاها إن شئتما أو جَعَلَ أمرها بأيديهما فحينئذ يكون تفويضًا، فيقتصر على المجلس لكونه تمليكًا، أو يكون تعليقًا فيشترط فعلهما لوقوع الطلاق؛ لأن المعلق بشيئين لا يقع عند وجود أحدهما، وعلى هذا لو قال: طلقاها جميعًا ليس لأحدهما أن يطلقها وحده ولا يقع عليها طلاقُ أحدهما، ولو قال: طلقاها جميعًا ثلاثًا فطلقها أحدهما طلقة والآخر طلقتين لا يقع.

---

(١) يستفاد من أوائل فصل: لا يعقد وكيل البيع، من الدر : ٥/ ٥٣٠.

وجاء في الفتاوى الهندية ٣/ ٦٣٤ : « أما إذا وكلهما بكلامين بأن وكل أحدهما ببيعه ثم وكل آخر أيضًا فأيهما باع جاز.

ورد الوديعة لا يحتاج فيه إلى الرأي فرد أحدهما كردهما، بخلاف ما إذا وكلهما باستردادها، حيث لا يكون لأحدهما أن يقبض بدون صاحبه؛ لأن اجتماعهما فيه ممكن وللموكل فيه غرض صحيح؛ لأن حفظ اثنين خير من حفظ واحد، فإذا قبضه أحدهما ضمن كله؛ لأنه قبض بغير إذن المالك إذ أمره تناولهما مجتمعين لا متفرقين، فلم يكن مأمورًا في حالة الانفراد بقبض شيء منه وقضاء الدين مثل رد الوديعة واقتضاؤه مثل استرداد الوديعة[١].

وقد نصت المادة (١٤٦٥) من مجلة الأحكام العدلية على أنه: « إذا وكل واحدٌ اثنين معًا بأمر فليس لأحدهما وحده التصرف في الأمر الذي وُكِّلا به، ولكن إذا كانا قد وكلا بالخصومة، أو بردِّ وديعة، أو إيفاء دين، فلأحدهما أن يوفي الوكالة وحده، وأما إذا وكل رجلًا بأمر، ثم وكل غيره رأسًا بذلك الأمر فأيهما أَوْفَى الوكالة جاز ».

وهو ما جاء في المادة (٩٣٦) من تقنين الشريعة على مذهب أبي حنيفة.

وتتفق هذه المادة مع ما ورد في المادة (٧٠٢) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[٢]، ونصها:

١ - « إذا تعدد الوكلاء، وعينوا جميعًا في عقد واحد دون أن يرخص في انفراد أي منهم في العمل، كان عليهم أن يعملوا مجتمعين، إلا إذا كان العمل مما لا يحتاج فيه إلى تبادل الرأي كالوفاء بدين أو رد وديعة.

٢ - وإذا عين الوكلاء في عقود متفرقة، كان لأي منهم أن ينفرد بالعمل، ما لم يشترط عليهم الموكل أن يعملوا مجتمعين »[٣].

وهو ما ورد كذلك في المواد (٧٠٧) مدني مصري، (٩٣٨) عراقي، (٨٤٢) أردني.

وأحكام هذه المواد تتفق مع الفقه الإسلامي، فقد نصت المادة (٣٥٧) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك على ما يأتي: « يجوز لأحد الوكلاء بعقود متعددة أن يستقل بالتصرف فيما وكلوا عليه، إلا أن يشترط عليهم الموكل عدم الاستقلال فلا يجوز له أن يستقل بالتصرف ولا يلزم الموكل ما يستقل به، فإن وكلهم بعقد واحد، فليس لأحدهم أن يستقل بالتصرف إلا أن يجعل الموكل لهم ذلك.

---

(١) تبيين الحقائق : ٤/ ٢٧٥.

(٢) المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، مادة (٧٠٢) ص : ٢٧٢.

(٣) الشرح الصغير وحاشيته : ٢/ ٢٠٧، حاشية الشرح الكبير : ٣/ ٣٥٣.

وإذا كان لوكلاء البيع حق الاستقلال وتعدد بيعهم لشيء واحد، فالبيع الأول هو الذي ينفذ إن علم، إلا أن يقضه المشتري الثاني بغير علم من البائع والمشتري بالبيع الأول، وأنه يقضي به للمشتري الثاني. فإن جهل زمن البيع أو باعوا في زمن واحد، كان المبيع مشتركًا بين الجميع، إلا أن يقبضه أحدهم فيختص به ».

وترى أحكام الفقرة الثانية على تعدد البيع من الموكل ووكيله بشيء واحد.

***

(مادة ٩٠٤): إذا اشترطت الأجرة في الوكالة وأوفى الوكيل العمل فقد استحق الأجرة المسماة إن وقَّت وقتًا أو ذكر عملًا معينًا يمكن أن يأخذ في العمل فيه في الحال، وإن لم يشترط وكان الوكيل ممن يعمل بأجر فله أجر المثل وإلا فلا[١].

إذا شُرطت الأجرة في الوكالة وأوفاها الوكيل استحق الأجرة، وإن لم تُشترط ولم يكن الوكيل ممن يخدم بالأجرة كان متبرعًا فليس له أن يطالب بالأجرة[٢].

وتكون الوكالة بغير أجر، وذلك هو الكثير. وتكون بأجر كما في توكيل المحامين بالدفاع في الخصومات، وإذا سكت العاقدان على الوكالة عن الأجر حُكِّم العرف، فإن كان يقضي بإعطاء مثل هذا الوكيل أجرًا في هذا الحال كان له أجر المثل، وإلا فلا أجر له[٣].

وتتفق هذه المادة مع المادة (٧٠٤) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[٤]، ونصها:

١ - « تعتبر الوكالة بأجر، ما لم يتفق على غير ذلك صراحةً أو يُستخلص ضمنًا من ظروف الحال.

٢ - ويخضع الأجر المتفق عليه للوكالة لتقدير القاضي، إلا إذا دفع طوعًا بعد تنفيذ الوكالة ».

وهو ما ورد كذلك في المادة (٧٠٤) من المشروع المدني طبقًا لأحكام الشريعة، والمادة (٧٢٠) مصري، ونصها:

---

(١) يستفاد من تنقيح الحامدية من أوسط الوكالة ص : ٤٠٤، ومن أوسط الإجارة ص : ١٣٩، ومنها ص : ١٥٢، ومن أواخر إجارة الأنقروية ص : ٣١٥.

(٢) المادة (١٤٦٧) من مجلة الأحكام العدلية.

(٣) مختصر أحكام المعاملات ص : ١١٧.

(٤) المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة (٧٠٤) ص : ٣٧٣.

١ - « الوكالة تبرعية، ما لم يتفق على غير ذلك صراحة، أو يستخلص ضمنًا من حال الوكيل.

٢ - فإذا اتفق على أجر الوكالة، كان هذا الأجر خاضعًا لتقدير القاضي، إلا إذا دفع طوعًا بعد تنفيذ الوكالة ».

فالأصل المقرر في التقنين الحالي وفي غيره من التقنينات أن الوكالة تبرعية، فلا يكون للوكيل أجر إلا إذا اتفق عليه صراحة أو ضمنًا.

ولكن التطور اليوم أدى إلى إنشاء الوكالة المأجورة في الحياة العملية، حتى طَفَتْ على الوكالة غير المأجورة وهي التي يقوم بها القريب أو الصديق مجاملةً، فأصبح الواقع على عكس ما يقضي به القانون. فطبقًا لهذا الواقع تكون الوكالة في الكثرة الغالبة من الأحوال مأجورة، ما لم يشترط أو يتبين من الظروف أنها غير مأجورة.

لهذا كان من الواجب في ضوء الواقع العملي السائد اليوم، أن يؤخذ بعكس الأصل المقرر في التقنين الحالي. وأن يكون الأصل في الوكالة أنها بأجر، ما لم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص ضمنًا من ظروف الحال. فإذا اتفق صراحة على أن تكون الوكالة بغير أجر، صارت الوكالة من عقود التبرع.

ويعدل ذلك أن يكون الاتفاق على أن الوكالة بدون أجر ضمنيًّا يستخلص من الظروف الملابسة. كأن يتبين من الظروف أن الوكيل قصد القيام بالوكالة دون أجر لصداقة أو قرابة تربطه بالموكل، أو لأن له مصلحة شخصية في القيام بالوكالة ولو بدون أجر.

وكما هو الحكم في التقنين الحالي، فإن مقدار الأجر يتفق عليه ويخضع لتقدير القاضي.

وقد ورد ذلك في المواد (٩٤٠) عراقي، (٧١١) كويتي، (٨٥٧) أردني، (٦٧٥) سوري.

***

الفَصْلُ الثَّانِي

في أحكام الوكالة

❁ **(مادة ٩٠٥): كل عقد من عقود الهبة والإعارة والرهن والإيداع والإقراض إذا عقده الوكيل من جهة مريد التمليك يصح العقد على الموكل مطلقًا وتتعلق به حقوقه، سواء أضاف الوكيل العقد إلى نفسه أو إلى الموكل، وإن كان وكيلًا في هذه العقود عن طالب التملك وأضاف العقد إلى نفسه يقع العقد له لا للموكل، وإن أضاف العقد إلى الموكل يقع العقد للموكل وتتعلق به حقوقه[١].**

تعود الحقوق إلى الموكل في كل عقد لا يستغني الوكيل عن إضافته إلى موكله؛ لأن الوكيل فيها سفير محض، ألا ترى أنه لو أضافه إلى نفسه انعقد له، كالنكاح، والهبة، والإعارة، والرهن، والصلح على إنكار، والتصدق، والإيداع؛ وهذا لأن الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب لأنه إسقاط فيتلاشى فلا يتصور صدوره من شخص وثبوت حكمه لغيره، فكان سفيرًا. وفي البزازية: الوكيل بالطلاق والعتاق إذا أخرج الكلام مخرج الرسالة بأن قال: إن فلانًا أمرني أن أطلق أو أعتق ينفذ على الموكل؛ لأن عهدتهما على الموكل على كل حال، ولو أخرج الكلام في النكاح والطلاق مخرج الوكالة بأن أضاف إلى نفسه صح إلا في النكاح[٢].

وقد نصت المادة (١٤٦٠) من مجلة الأحكام العدلية على ما يلي: « يلزم أن يضيف الوكيل العقد إلى موكله في الهبة والإعارة والإيداع والرهن والإقراض والشركة والمضاربة والصلح عن إنكار، وإن لم يضفه إلى موكله فلا يصح ».

وهو ما جاء كذلك في المادة (٨٤٤) مدني أردني، ونصها: « لا تصح عقود الهبة والإعارة والرهن والإيداع والإقراض والشركة والمضاربة والصلح عن إنكار، التي يعقدها الوكيل إذا لم يضف العقد إلى موكله ».

***

---

(١) يستفاد حكمها من الدر ومن أواخر ترجمة كتاب الوكالة : ٥/ ٥١٤ حيث جاء: « في كل عقد لا بد من إضافته إلى موكله، يعني: لا يستغني عن الإضافة إلى موكله، حتى لو أضافه إلى نفسه لا يصح... كنكاح وخلع وصلح عن دم عمد أو إنكار وعتق على مال وكتابة وهبة وتصدق وإعارة وإيداع ورهن وإقراض وشركة ومضاربة تتعلق بموكله لا به، لكونه فيها سفيرًا محضًا ».

(٢) البحر الرائق : ٧/ ١٥١.

❁ (مادة ٩٠٦): كل عقد لا يحتاج الوكيل إلى إضافته للموكل ويكتفي فيه بإضافته إلى نفسه كالبيع والشراء والإجارة والصلح عن إقرار يقع للموكل سواء أضافه الوكيل إلى نفسه أو إلى الموكل، إنما إذا أضافه الوكيل إلى نفسه تعود كل حقوقه إليه ما لم يكن محجورًا عليه، ولا تنتقل هذه الحقوق إلى الموكل ما دام الوكيل حيًّا وإن كان غائبًا، وبعد موته تنتقل الحقوق إلى وصيه لا إلى الموكل، فإن أضاف العقد إلى موكله عادت كل حقوقه على الموكل فلا يلزم الوكيل شيء مما يترتب على العقد من الحقوق والواجبات[(١)].

لا يشترط إضافة العقد إلى الموكل في البيع والشراء والإجارة والصلح عن إقرار، فإن لم يضفه إلى موكله واكتفى بإضافته إلى نفسه صح أيضًا، وعلى كلتا الصورتين لا تثبت الملكية إلا لموكله، ولكن إن لم يضف العقد إلى الموكل تعود حقوق العقد إلى العاقد يعني الوكيل، وإن أضيف إلى الموكل، ويكون الوكيل بهذه الصورة كالرسول، مثلًا: لو باع الوكيل بالبيع مال الموكل واكتفى بإضافته إلى نفسه ولم يضفه إلى موكله، يكون مجبورًا على تسليم المبيع إلى المشتري، وله أن يطلب ويقبض الثمن من المشتري، وإذا خرج للمال المشترى مستحقٌّ، وضبطه بعد الحكم يرجع المشتري على الوكيل بالبيع، يعني: يطلب الثمن الذي أعطاه إياه منه، والوكيل بالشراء إذا لم يضف العقد إلى موكله على هذا الوجه يقبض المال الذي اشتراه، ويجبر على إعطاء ثمنه للبائع من ماله وإن لم يتسلم الثمن من موكله، وإذا ظهر عيب قديم في المال المشترى، فللوكيل حق المخاصمة لأجلِ رَدِّه، ولكن إذا كان رد الوكيل قد أضاف العقد إلى موكله بأن عقد البيع بقوله: بعت بالوكالة عن فلان واشتريت لفلان؛ فعلى هذا الحال تعود الحقوق المبينة آنفًا كلها إلى الموكل ويبقى الوكيل في حكم الرسول بهذه الصورة؛ لذلك فالوكيل مخير في غير الوكالة بالشراء بالاتفاق وفي الوكالة بالشراء على قول إن شاء أضاف العقد إلى نفسه وإن شاء إلى موكله.

لكن إذا لم يضف العقد إلى موكله ولم يكن الوكيل محجورًا، تعود حقوق العقد إلى العاقد أصالة أي إلى الوكيل، والوكيل وإن كان نائبًا في أصل العقد فهو أصيل في الحقوق، ويكون الموكل في الحقوق المذكورة أجنبيًّا. وسواء ذكر حينَ التوكيل كونَ الحقوق المذكورة عائدةً للوكيل أو لم يذكر وسواء كان الوكيل غائبًا أو حاضرًا.

---

(١) يستفاد من الدر، أواخر ترجمة كتاب الوكالة : ٥/ ٥١٣ حيث جاء: « وصح بإيفائها وكذا باستيفائها إلا في حد وَقَودٍ بغيبة موكله عن المجلس »... وحقوق عقد لا بد من إضافته أي ذلك العقد إلى الوكيل كبيع وإجارة وصلح عن إقرار يتعلق به ما دام حيًّا ولو غائبًا... إن لم يكن محجورًا كتسليم مبيع وقبضه وقبض ثمن ورجوع به عند استحقاق، وخصومة في عيب بلا فصل بين حضور موكله وغيبته؛ لأن العاقد حقيقة وحكمًا، لكن في « الجوهرة »: لو حضر فالعهدة على آخذ الثمن لا العاقد في أصح الأقاويل، ولو أضاف العقد إلى الموكل تتعلق الحقوق بالموكل اتفاقًا.

فالوكيل أصل في العقد بدليل استغنائه عن إضافته إلى الموكل ولو كان سفيرًا لَمَا استغنى، وإنما جعل نائبًا في الحكم للضرورة كي لا يبطل معقود الموكل ولا ضرورة في رد الحقوق إليه؛ لأن العاقد الآخر اعتمد رجوع الحق إليه فلو لم يرجع لتضرر على تقدير كون الموكل مفلسًا أو لا يقدر على مطالبته.

وقد جاءت المادة (٨٤٥) مدني أردني بهذا المعنى، ونصها:

١ - « لا تشترط إضافة العقد إلى الموكل في عقود البيع والشراء والإجارة والصلح عن إقرار، فإن أضافه الوكيل إلى الموكل في حدود الوكالة فإن حقوقه تعود للموكل، وإن أضافه لنفسه دون أن يعلن أنه يتعاقد بوصفه وكيلًا فإن حقوق العقد تعود إليه.

٢ - وفي كلتا الحالتين تثبت الملكية للموكل ».

***

(مادة ٩٠٧): الصبي المميز أو العبد المحجور عليهما إذا عقدا بطريق الوكالة عقدًا من العقود التي ترجع فيها الحقوق إلى الوكيل تتعلق حقوق عقدهما بالموكل لا بهما[1].

تعود حقوق العقود التي يعقدها الصبي المميز غير المأذون له بأعمال التجارة إلى الموكل مطلقًا، سواء كان العقد الذي عقده مما ترجع فيه الحقوق إلى الوكيل أو الموكل.

ولهذا فإنه لو وكَّل الصبي ببيع فرس فباعها جاز؛ لأن الصبي العاقل له عبارة معتبرة شرعًا، حتى ينفذ تصرفه بإذن الولي في ملك نفسه، فكذلك ينفذ تصرفه في ملك الغير بتوكيل المالك إياه بذلك؛ وهذا لأن اعتبار عبارته يتمحض منفعة له فيه، ويحصل له بهذا التصرف معنى التجربة، فيصير مهتديًا إلى التصرفات، عالمًا بطرق التحرز عن أسباب الغبن، وذلك محض منفعة له، ثم العهدة على الآمر إذا لم يكن الصبي مأذونًا؛ لأن في إلزام العهدة إياه ضررًا، والصبي يبعد عن المضار، فإذا تعذر إيجاب العهدة عليه تعلق بأقرب الناس إليه، وهو من انتفع بهذا التصرف، وهو الآمر فكانت العهدة عليه، إلا أن يكون الصبي مأذونًا له، فحينئذ تلحقه العهدة؛ لأنه بالإذن صار بمنزلة البالغ في التزام العهدة بالتصرف، ألا ترى أنه فيما يتصرف لنفسه تلحقه العهدة، فكذلك فيما يتصرف لغيره[2].

***

(١) يستفاد حكمها من الدر ورد المحتار من أواخر كتاب الوكالة : ٥/ ٥١٣ حيث جاء: « فإن كان محجورًا كالعبد والصبي المحجورين فإنهما إذا عقدا بطريق الوكالة تتعلق حقوق عقدهما بالموكل ».

(٢) المبسوط : ١٩/ ٤٤.

❁ (مادة ٩٠٨): تتعلق حقوق العقد في الرسالة بالمرسل لا بالرسول.

تعود حقوق العقد في الرسالة إلى المرسل مطلقًا، ولا تتعلق بالرسول أصلًا، هذا إذا كان العقد من قبيل الرسالة، وهي تكون على صورتين: أولها: إذا كان قد فوَّض الوكيل بالتصرف حين تفويضه إياه على صورة الرسالة. فالوكيل مجبر على إيفاء المعاملة على سبيل الرسالة أيضًا، ثانيها: إن كان تفويضه ابتداءً على طريق الوكالة وبلفظ الوكالة، لكن لما كان الوكيل قد استعمل تلك الوكالة بصورة الرسالة فقد تحققت الوكالة المذكورة ضمن الرسالة. وتعود حقوق العقد في الصورتين إلى الموكل ويكون الوكيل سفيرًا محضًا. مثلًا: لو ظهر مستحق بعد تلف المال الموهوب في يد الموهوب له فليس للمستحق أن يطالب به من الوكيل. كذلك ليس للواهب إقامةُ دعوى الرجوع بالهبة على الوكيل بالاتهاب، ولو وجد المال الموهوب في يده إذا أضاف الرسول العقد إلى مرسله.

أما إذا أضاف الرسول العقد إلى نفسه في البيع والشراء والإجارة كانت العهدة عليه أيضًا بسبب حقوق العقد؛ ولذا فإنه إذا أضاف الرسول بالاستقراض عقدَ الاستقراضِ إلى نفسه فكما أنه يكون المقروض مال الرسول؛ فوفاؤه يلزم الرسول أيضًا. وكذا إذا لم يضف رسول الشراء العقد إلى مرسله واشترى بالإضافة إلى نفسه كان المال المشترى عائدًا إليه، كما أن حقوق العقد راجعة لذلك الرسول. يعني: أنه يلزم المأمور بالشراء على صورة الرسالة ابتداءً أن يضيف العقد إلى مرسله، وإذا أضافه إلى نفسه بأن أخرج الكلام مخرج الوكالة يبقى المال المشترى له ولا يكون للمرسل.

وكذلك إذا عقد رسول البيع بقوله: بعت منك هذا المال، فلا يجوز؛ لأن الوكالة لمَّا كانت فوق الرسالة فلا تتضمن الرسالةُ الوكالةَ لكن يجب أن يقول في عقد البيع: إن مرسلي فلانًا يقول: قد باع منك هذا المال بكذا درهمًا، و بناء عليه فهذا البيع بيع فضولي إن شاء صاحب المال أجازه وإن شاء فسخه.

لكن لو ادعى الرسول بعد إنشاء العقد بإضافته إلى نفسه قائلًا: إني رسول ولست بوكيل فلا يقبل ادعاءه، وبناء عليه يلزمه ثمن المبيع في هذه الصورة[1].

***

(١) المادة (١٤٦٢) من مجلة الأحكام العدلية.

الفَصْلُ الثَّالِثُ

في الوكيل بالشراء

❁ (مادة ٩٠٩): يشترط لصحة التوكيل بالشراء أن يكون الشيء الموكل بشرائه معلومًا عينًا أو جنسًا مع بيان قدره أيضًا إن كان من المقدرات كالمكيلات والموزونات، ويكفي عن بيان قدره بيان قدر الثمن[1].

الأصل أن الوكيل متى قدر على تحصيل مقصود الموكل، بما سمَّى له، جاز التوكيل، وإلا فلا؛ لأن الوكالة غير مقصودة لعينها، بل المقصود شيء آخر، يحصل للموكل، فإذا قدر على تحصيل مقصوده بما سمي له كان هذا عقدًا مقيدًا للمقصود، فصح وإلا فلا، ولذا فإن المسمى في الوكالة؛ إذا كان يتناول أجناسًا مختلفة لا يصح التوكيل به سواء سمي الثمن أو لم يُسَمَّ؛ لأن جهالة الجنس جهالة متفاحشة، وتسمية الجنس والثمن لا يصير الجنس معلومًا بها، فإن كل جنس فيه ما يوجد بذلك الثمن، فلا يقدر الوكيل على تحصيل مقصود الموكل، وإذا سمَّى الجنس اشتمل على أنواع مختلفة، فإن بيَّنَ الثمن، أو النوع جاز التوكيل، وإلا فلا؛ لأن ببيان مقدار الثمن يصير النوع معلومًا، وإن سمَّى الجنس والنوع، ولم يبين الصفة جازت الوكالة سواء سمي الثمن، أو لم يسم، وهذا استحسان، وفي القياس: لا يجوز ما لم يبين الصفة.

وجه القياس: أن التوكيل بالبيع والشراء معتبر بنفس البيع والشراء، فلا يجوز إلا ببيان وصفه المعقود عليه، ألا ترى أنا نجعل الوكيل كالمشتري لنفسه، ثم البائع من الموكل. وكان بشر المريسي يأخذ بالقياس إلى أن نزل به ضيف فدفع الدراهم إلى إنسان؛ ليأتي له

---

(١) يستفاد حكمها من الدر، وتكملةُ رد المحتار من أوائل باب الوكالة بالبيع والشراء : ٥/ ٥١٩.

وجاء في تبيين الحقائق ٤/ ٢٥٩ : « أمره بشراء ثوب هروي أو فرس أو بغل صح، سمَّى ثمنًا أو لا؛ لأنه لم تبق الجهالة بعد إعلام الجنس إلا في الصفة وهي متحملة في الوكالة؛ لأن الوكيل قادر على تحصيل مقصود الموكل بأن ينظر في حاله؛ إذ اختلاف الصفة لا يوجب اختلاف أصل المقصود، ولا يشترط في مثله تسمية الثمن لصحة الوكالة لأنه ببيان جنس المثمن يصير معلومًا عادة، فصار كما لو وكله بشراء ثوب هروي على أي صفة كان، ولأنا لو شرطنا الاستقصاء في الصفة والبيان في النوع ربما لا يتمكن الوكيل من القيام بذلك، وضاق الأمر على الناس وحرجوا والحرج مدفوع، وبشراء عبد أو دار جاز إن سمى ثمنًا وإلا لا؛ لأن هذه جهالة متوسطة بين الجنس والنوع وليست بفاحشة ولا يسيرة فإذا بين ثمنه علم من أي نوع مقصوده؛ لأن ثمن كل نوع من العبيد معلوم بين الناس والتحق بجهالة النوع بذلك فجازت الوكالة به ».

برؤوس مشوية، فجعل يصفها له، فعجز عن علمه بالصفة، فقال له: اصنع ما بدا لك، فذهب الرجل، واشترى الرؤوس، وحملها إلى عياله، وعاد إلى بشر بعدما أكلها مع عياله، فقال له: أين ما قلتُ لك عنه، فقال: قلتَ لي: اصنع ما بدا لك، وقد بدا لي ما فعلت، فرجع عن قوله، وأخذ بالاستحسان. ووجه الاستحسان ما روي عن النبي ﷺ: « أنه دفع دينارًا إلى حكيم بن حزام ﷺ، وأمره بأن يشتري له شاة للأضحية، ولم يبين صفتها »[1].

وقد نصت المادة (١٤٦٨) من مجلة الأحكام العدلية على أنه:

- « يلزم أن يكون الموكل به معلومًا علمًا يمكن معه إيفاء الوكالة على موجب الفقرة الأخيرة من المادة (١٤٥٩) وذلك بأن يبين الموكل جنس ما يريد أن يشتري له، وإن كان لجنسه أنواع متفاوتة فلا يكفي بيان الجنس فقط. بل يلزم أن يبين أيضًا نوعه أو ثمنه، فإن لم يبين جنسه أو بينه لكن كانت له أنواع متفاوتة، ولم يعين نوعه أو ثمنه فلا تصح الوكالة، إلا أن يوكل توكيلًا عامًّا. مثلًا: لو وكل أحد غيره بقوله: اشتر لي فرسًا تصح الوكالة، وإذا أراد أن يوكله لشراء قماش لِلُّبس فيلزمه أن يبين جنسه بأن يقول: حرير أو قماش أو قطن، ونوعه بقوله: هندي أو شامي، أو ثمنه، بقوله: على أن يكون الثوب منه بكذا. فإن لم يبين جنسه بأن قال: اشتر لي دابة، أو قماشًا، أو حريرًا، ولم يبين نوعه فلا تصح الوكالة، لكن لو قال: اشترِ لي قماشًا للبس أو حريرًا من أي جنس ونوع كان؛ فذلك مفوض إلى رأيك أنت، الوكالة عامة وللوكيل أن يشتري من أي نوع وجنس شاء »، وقد أوجبت المادة (٨٣٤) مدني أردني أن يكون الموكل به معلومًا.

***

❁ (مادة ٩١٠)[2]: إذا كان الشيء الموكل بشرائه مجهولًا وفوّض الأمر في شرائه لرأي الوكيل صحت الوكالة، وله أن يشتري من أي جنس ومن أي نوع أراد[3].

الوكالة: عقد مبني على التوسع، والجهالة في الصفة جهالة مستدركة، وذلك عفو في العقود المبنية على التوسع؛ وهذا لأن الوكالة لا يتعلق بها اللزوم، والمقصود بها الرفق

---

(١) المبسوط: ١٩/ ٣٩.

(٢) ذكر رقم هذه المادة خطأ في طبعة دار الفرجاني « ٩٠٨ ».

(٣) يستفاد حكمها من الدر وتكملة رد المحتار من أوائل باب الوكالة بالبيع والشراء ص: ٢٧٦، وكذا المادة بعدها. وجاء في بدائع الصنائع ٦/ ٣٥: « التوكل بالشراء نوعان: عام، وخاص، فالعام: أن يقول له: اشتر لي ما شئت، أو ما رأيت، أو أي ثوب شئت، أو أي دار شئت، أو ما تيسر لك من الثياب ومن الدواب، ويصح مع الجهالة الفاحشة من غير بيان النوع والصفة والثمن؛ لأنه فوض الرأي إليه فيصح مع الجهالة الفاحشة كالبضاعة والمضاربة ».

بالناس، وفي اشتراط بيان الوصف بعضُ الحرج، فسقط اعتباره.

لهذا إذا وكَّل رجلًا أن يشتري له بيتًا أو قماشًا لم يصح؛ لأنه يشتمل على أنواع متباينة بتباين الأنواع والأغراض منها، فإذا لم يبين النوع ولم يسمِّ مقدار الثمن كانت الجهالة متفاحشة، فلا يتمكن الوكيل من تحصيله، فينفرد الآمر بما سمي له. وإن أمره بأن يشتري له قماشًا قطنيًّا لاستخدامه قميصًا جاز؛ لأن النوع صار معلومًا بالتسمية؛ وإنما بقيت الجهالة في الوصف، وهي جهالة مستدركة، فإن الأوصاف ثلاثة: الجودة، والوسط، والرداءة، وهي تتفاوت في نوع واحد، فكان الوكيل قادرًا على تحصيل مقصود الآمر، وكذلك إن لم يُسَمِّ النوع وسمَّى الثمن؛ لأن بتسمية الثمن صار النوع معلومًا، فإن مقدار ثمن كل نوع معلومٌ عند الناس، فيتمكن به من تحصيل مقصوده[1].

***

(مادة ٩١١): إذا لم يكن الأمر مفوَّضًا لرأي الوكيل فيما يشتريه وكان الشيء الموكل بشرائه مجهولًا جهالة فاحشة كجهالة الجنس فلا تصح الوكالة وإن بيَّن الثمن.

وإن كانت الجهالة يسيرة بأن بين جنس الشيء المراد شراؤه ولم يبين نوعه صحت الوكالة وإن لم يبين الثمن، وإن كانت الجهالة متوسطة بأن كانت بين الجنس والنوع؛ فإن بين الثمن أو النوع صحت الوكالة وإلا فلا.

« الأصل أن الجهالة إذا كانت تمنع الامتثال وتحقيق المقصود من الوكالة ولا يمكن دركها تمنع الصحة وإلا فلا، والجهالة ثلاثة أنواع:

جهالة فاحشة: وهي الجهالة في الجنس فتمنع صحة الوكالة سواء بَيَّنَ الثمن أو لم يبين كما لو وكَّله بشراء ثوب أو دابة أو نحو ذلك.

والثانية: جهالة يسيرة: وهي ما كانت في النوع المحض كما لو وكَّله بشراء فرس أو حمار أو ثوب هروي أو مروي أو نحو ذلك فإنه تجوز الوكالة به وإن لم يبين الثمن. وقال بشر: لا تجوز، والحجة عليه ما روي أنه عليه الصلاة والسلام وَكَّلَ حكيمَ بنَ حزام بشراء شاة للأضحية، ولأن جهالة النوع لا تَخِلُّ بالمقصود ويمكن دفعها بصرف التوكيل إلى ما يليق بحال الموكل، حتى لو أن عاميًّا وكَّل رجلًا بشراء فرس فاشترى فرسًا يصلح للملوك لا يلزمه.

والثالثة: جهالة النوع والجنس: كما لو وكَّله بشراء منزل أو قماش إن بين الثمن أو النوع

---

(١) المبسوط: ١٩/ ٣٩.

جازت الوكالة وإن لم يبين واحدًا منهما لم تجز لأنه ببيان الثمن يعلم من أي نوع يريد وببيان النوع يعلم ثمنه، فتبقى الجهالة بعد ذلك يسيرة، وهي لا تمنع صحة الوكالة، بخلاف ما إذا كانت الجهالة في الجنس حيث تمنع صحة الوكالة، وإن بين الثمن لأنه بذلك القدر من الثمن يوجد من كل نوع فلا يفيد المعرفة »[١].

وهو ما جاء فى المادة (٩١٥) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، والتي نصت على أنه:

« تصح الكفالة بالشراء إن كانت معلومة، أو كانت الجهالة يسيرة، أو متوسطة أو بيَّن الموكل ثمنها أو صفتها، ولا تصح مع الجهالة الفاحشة ».

***

(مادة ٩١٢): إذا عين الموكل نوع الشيء الموكل بشرائه فاشترى الوكيل خلافه فلا ينفذ شراؤه إلا على الوكيل، فلو أمره بشراء جوخ فاشترى حريرًا نفذ على الوكيل ولا يتوقف على إجازة الموكل إلا إذا لم يجد نفاذًا على الوكيل بأن يكون الوكيل صبيًّا أو محجورًا[٢].

« إذا خالف الوكيل في الجنس، يعني لو قال الموكل: اشترِ من الجنس الفلاني. واشترى الوكيل من غيره، لا يكون نافذًا في حق الموكل، وإن كانت فائدة الشيء الذي اشتراه أزيدَ، ويبقى المال الذي اشتراه الوكيل له ولا يكون للموكل ». والضابط أنه ليس للوكيل بالشراء المخالفةُ في الجنس، وإن فعل فلا ينفذ في حق موكله. ويترتب على ذلك أنه إن لم يكن شراء الوكيل نافذًا على موكله فهو نافذ على الوكيل، ولو أجاز الموكل لا يكون المُشترَى للموكل؛ لأن الإجازة إنما تلحق العقود الموقوفة، وهذا العقد نافذ فى حق الوكيل، ما لم يكن الوكيل صبيًّا لا تعود إليه حقوق العقد ويكون الشراء حينئذ موقوفًا. لذلك لو قال الموكل: اشتر لحمًا فاشترى الوكيل شحمًا، أو قال الموكل: اشتر زيتًا فاشترى الوكيل شحمًا، فلا ينفذ في حق الموكل، كذلك بالعكس لو قال: اشتر لي شحمًا فاشترى له خلًّا فلا ينفذ في حق الموكل.

---

(١) تبيين الحقائق : ٤/ ٢٥٨ ، ٢٥٩، وانظر الدر المختار : ٥/ ٥١٥، مجمع الأنهر : ٢/ ٢٢٧، الاختيار : ٢/ ٥٣.

(٢) يستفاد حكمها من أوسط كتاب الوكالة من تنقيح الحامدية ص : ٤٠٠.

وجاء في الفتاوى الهندية ٣/ ٥٧٧: « ولو أمره أن يشتري له فرسًا أو بِرْذَوْنًا وسمى له ثمنًا، فاشترى له رمكة من الخيل أو البراذين، فإن هذا لا يجوز على أهل الأمصار، ويجوز في البلدان التي يتخذ فيها الرماك ».

وجاء في البدائع ٦/ ٤٤: « لو كان صبيًّا محجورًا أو عبدًا محجورًا لا ينفذ عليه، بل يتوقف على إجازة الموكل لأنهما لا يملكان الشراء لأنفسهما فلا يمكن التنفيذ عليهما »، وإلى هذا ذهبت.

(مادة ٩١٣): إذا قيدت الوكالة بقيد فليس للوكيل بالشراء مخالفته إلا إذا كان خلافًا إلى خير[1].

فإن عيَّن الموكل الثمن واشترى الوكيل بأكثر منه فلا ينفذ على موكله مطلقًا سواء كان وكيلًا بشراء معين أو غير معين، وإن اشترى بأقل منه فإن كان وكيلًا بشراء معين نفذ على الموكل، وإن كان وكيلًا بشراء غير معين فلا ينفذ على الموكل ما لم تكن قيمةُ ما اشتراه قدرَ الثمن المعين، أو يكون قد وصفه له بصفة فاشترى بتلك الصفة بأقلَّ من ذلك الثمن المعين فإنه ينفذ على الموكل[2].

التوكيل بالشراء لا يخلو إما إن كان مطلقًا أو كان مقيدًا، فإن كان مقيدًا يراعى فيه القيد إجماعًا لما ذكرنا، سواء كان القيد راجعًا إلى المشتري أو إلى الثمن، حتى إنه إذا خالف لا يلزم الشراء، إلا إذا كان خلافًا إلى خير فيلزم الموكل، مثال الأول: إذا قال اشتر لي بيتًا أسكنه فاشترى بيتًا متهدمًا يلزمه إصلاحُ كثير لا ينفذ على الموكل وينفذ على الوكيل، وكذلك إذا قال: اشتر لي ثوبًا ألبسه فاشترى قماشًا؛ لأن الأصل في كل مقيد اعتبارُ القيد فيه إلا قيدًا لا يفيد اعتباره، واعتبار هذا النوع من القيد مفيد.

وقد نصت المادة (١٤٧٩) من مجلة الأحكام العدلية على ما يلي:

« إذا قيدت الوكالة بقيد فليس للوكيل مخالفته، فإن خالف لا يكون شراؤه نافذًا في حق الموكل ويبقى المال الذي اشتراه له، ولكن إذا خالف لصورةٍ فائدتُها أزيدُ في حق الموكل فلا تعدُّ مخالفةً معنًى، مثلًا: لو قال أحد: اشتر لي الدار الفلانية بعشرة آلاف واشتراها الوكيل بأزيد فلا يكون شراؤه نافذًا في حق الموكل وتبقى الدار له. وأما إذا اشتراها بأنقص يكون قد اشتراها للموكل، كذلك لو قال: اشتر نسيئة واشترى الوكيل نقدًا يبقى المال للوكيل وأما لو قال الموكل: اشتر نقدًا واشترى الوكيل نسيئة: فيكون قد اشتراه للموكل »[3].

وإذا عين الموكل للوكيل - فيما هو مثليٌّ - النوع الذي يريده وحدد القدر والثمن، فاشترى الوكيل ضعف القدر بالثمن المحدد لزم الموكل[4].

---

(١) هذه المادة تتفق مع ما ورد في المادة (٦٩٦) من مشروع قانون المعاملات المدنية، مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٢) يستفاد حكم هذه الفقرة من أوائل الباب الثاني في التوكيل بالشراء من الهندية ص : ٤٤٧، وحكم أول الفقرة الثانية من الهندية أيضًا من الباب المذكور ص : ٤٤٨، وحكم باقيها من أوسط باب الوكالة بالبيع والشراء في تكملة رد المحتار : ٥/ ٥١٧.

(٣) المادة (١٤٧٩) من مجلة الأحكام العدلية.

(٤) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (٩٢١) الطبعة التمهيدية، =

تتفق هذه المادة مع ما عبَّرت عنه القوانين العربية في المواد (٧٠٢) مصري[١]، (٧٠٣) كويتي، ومع ما ورد في المادة (٦٩٦) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[٢]، ونصها:

« لا تخول الوكالةُ الوكيلَ صفةً إلا في مباشرة الأمور المحددة فيها، وما تقتضيه هذه الأمور مع توابع ضرورية وفقًا لما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين ولطبيعة كل أمر وللعرف الجاري ».

***

(مادة ٩١٤): إذا عين الموكل قدر الثمن لوكيله بشراء معين وأمره أن يشتريه به حالًّا[٣] فاشتراه به نسيئة لزم الموكل، ولو أمره أن يشتريه به نسيئة فاشتراه به حالًّا لزم الوكيل[٤].

وإن عين قدر الثمن لوكيله بشراء غير معين وأمره أن يشتري به حالًّا فاشترى به نسيئة لزم الوكيل، ولو أمره أن يشتريه به نسيئة فاشترى به حالًّا لزم الموكل[٥].

وإن كان السعر معروفًا عند الناس كثمن الخبز واللحم فلا ينفذ على الموكل إلا بثمن المثل[٦].

تقدم أن الأصل فى كل مقيد اعتبارُ القيد المفيد فيه، أما القيد غير المفيد فلا يجب اعتباره؛ ولهذا فإنه إذا عيَّن الثمن وأمره أن يكون حالًّا فاشترى بالثمن المعين نسيئة لزم الموكل، ولو قال: بعه بعبد إلى أجل، فباعه بدراهم حالَّة ينبغي أن يجوز؛ لأنه أنفع للموكل، كما

= القسم الثاني، مجمع البحوث الإسلامية.

(١) تنص المادة (٧٠٢) مدني مصري على ما يأتي: « والوكالة الخاصة لا تجعل للوكيل صفة إلا في مباشرة الأمور المحددة فيها، وما تقتضيه هذه الأمور من توابع ضرورية وفقًا لطبيعة كل أمر وللعرف الجاري ».

(٢) المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة (٦٩٦) ص : ٢٦٨.

(٣) هذه المادة تتفق مع المادة (٦٩٧) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٤) جاء في بدائع الصنائع ٦/ ٤٤: « إذا وكله بأن يشتري له جارية بألفٍ نسيئةً فاشترى جارية بألف حالَّة لزم الوكيل لأنه خالف قيد الموكل، ولو أمره أن يشتري بألف حالَّة فاشترى بألف نسيئة لزم الموكل؛ لأنه وإن خالف صورةً فقد وافق معنًى، والعبرة للمعنى لا للصورة ».

(٥) يستفاد حكم هاتين الفقرتين من أوائل الباب الثاني في التوكيل بالشراء من الهندية ص : ٤٤٧، ٤٤٨.

(٦) يستفاد حكمها من تنقيح الحامدية من أوسط الوكالة ص : ٤٠٣، بالعزو إلى الدر وغيره.
وجاء في الدر المختار ٥/ ٥١٩: « أمره بشراء شيئين معينين أو غير معينين إذا نواه للموكل، والحال أنه لم يسم ثمنًا فاشترى له أحدهما بقدر قيمته أو بزيادة يسيرة يتغابن الناس فيها صحَّ عن الآمر؛ إذ ليس للوكيل الشراءُ بغبن فاحش إجماعًا ».

لو قال: بعه بألف نسيئة، فباعه بألف أو أكثر من ألف بالنقد، فهو جائز؛ لأنه حصَّل مقصود الآمر، وزاده خيرًا بزيادة في قدر المسمى، أو في صفة الحلول، وإن باعه بأقل من ألف بالنقد؛ لم يجز؛ لأنه خالف مقصوده، وما سمى له، فإنه أمره بأن يدخل في ملكه بمقابلة المبيع ألفًا، وقد أدخل في ملكه دون ذلك، وإن باعه بألفين نسيئة، جاز؛ لأنه خالف إلى خير بزيادة الثمن، وإن باعه بألفين نسيئة شهرين، والموكل إنما أمره بألف نسيئة شهرًا لم يجز أيضًا؛ لأنه خالف ما سمى له في مدة الأجل إلى ما هو أضرُّ عليه.

والحاصل - أن مقابلة زيادة القدر بالنقصان المتمكن بزيادة الأجل، إنما يكون بطريق المقايسة، وليس للوكيل ذلك، بل عليه مراعاة ما سمى له الآمر، فإذا خالف إلى ما هو أضر عليه[1]، لم ينفذ تصرفه عليه، ولو دفع إليه مِنْطقة فيها مائة درهم فضة، فقال: بِعْها بخمسين، فباعها بمائة درهم وعشرة دراهم نقدًا - فهو جائز في قول أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأنه زاده خيرًا من كل وجه، وفي قول محمد: لا يجوز؛ لأنه أمره بالعقد الفاسد، وقد أتى بالعقد الصحيح. وكذلك لو قال: بعها بخمسين درهمًا نسيئة، فباعها بخمسين نقدًا فهو على الخلاف الذي ذكرنا.

تتفق هذه المادة مع ما عبرت عنه القوانين المدنية العربية، ومع ما ورد في المادة (٦٩٧) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[2]، ونصها:

١ - « يجب على الوكيل أن يلتزم في تنفيذ الوكالة حدودها المرسومة، فلا يجاوز هذه الحدود إلا إذا كان في ذلك نفعٌ أكبرُ لمصلحة الموكل.

٢ - على أن للوكيل أن يخرج في تصرفه عن هذه الحدود متى كان من المستحيل عليه إخطارُ الموكل سلفًا، وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذا التصرف. وعليه في هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل بما جاوز به حدود الوكالة ».

وهو ما ورد كذلك فى المادة (٧٠٣) مدني مصري، ونصها:

١ - « الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز حدودها المرسومة.

٢ - على أن له أن يخرج من هذه الحدود متى كان من المستحيل عليه إخطار الموكل سلفًا، وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذا التصرف.

---

(١) المبسوط : ١٩/ ٥٦، ٥٧.

(٢) المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، المادة (٦٩٧) ص : ٢٦٨، ٢٦٩.

وعلى الوكيل في هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل خروجه عن حدود الوكالة ».

وهو ما ورد أيضًا في المواد (٩٣٣) من التقنين العراقي، و (٧٠٤) من التقنين الكويتي، و (٨٤٠) من التقنين الأردني، ونصها: « تثبت للوكيل بمقتضى عقد الوكالة وَلايةُ التصرف فيما يتناوله التوكيل، دون أن يتجاوز حدوده إلا فيما هو أكثر نفعًا للموكل ».

***

(مادة ٩١٥): إذا دفع الوكيل بالشراء ثمن المبيع من مال نفسه للبائع فله الرجوع به على موكله[1] وله حبس المبيع عن الموكل لاستيفاء الثمن وإن لم يكن دَفَعَه للبائع[2].

إن الوكيل بقضاء الدين إذا لم يدفع الموكل إليه مالًا ليقضي دينه منه فقضاه من مال نفسه، يرجع بما قضى على الموكل؛ لأن الآمر بقضاء الدين من مال غيره استقرض منه، والمقرض يرجع على المستقرض بما أقرضه، وكذلك الوكيل بالشراء من غير دفع الثمن إلى الوكيل توكيل بقضاء الدين وهو الثمن، والوكيل بقضاء الدين إذا قضى من مال نفسه، يرجع على الموكل، فكذا الوكيل بالشراء، وله أن يحبس المبيع؛ لاستيفاء الثمن من الموكل عند أصحابنا الثلاثة، وعند زفر: ليس له حبسه[3].

وقد نصت المادة (١٤٩١) من مجلة الأحكام العدلية على أنه: « إذا أعطى الوكيل بالشراء ثمنَ المبيع من ماله وَقَبَضَه فله أن يرجع إلى الموكل، يعني له أن يأخذ الثمن الذي أعطاه من الموكل وله أيضًا أن يحبس المال المشترى ويطلب ثمنه من موكله إلى أن يستلم الثمن وإن لم يكن قد أعطاه إلى البائع ».

وللوكيل أن يحبس المبيع الذي اشتراه للموكل إذا دفع ثمنه من ماله أو لم يدفعه[4].

تتفق هذه المادة مع القوانين العربية فيما عبرت عنه المواد (٧١٠) مدني مصري، (٧١٢) كويتي، (٩٤١) عراقي، ومع المادة (٧٠٥) من مشروع القانون المدني طبقًا

---

(١) جاء في متن القدوري: « وإذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله أن يرجع على الموكل ». انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص: ٢٤٩.

(٢) جاء في مجمع الأنهر: ٢/ ٢٣١ أن « للوكيل بالشراء حبس ما اشتراه من موكله ليقبض ثمن المبيع، وإن لم يدفع الثمن إلى بائعه لما علم أن المبادلة الحكمية تجري بينهما. وقال زفر: ليس له الحبس؛ لأن الموكل صار قابضًا بيده فحقُّ الحبس يسقط »..

(٣) بدائع الصنائع: ٦/ ٣٧.

(٤) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان (مادة ٩١٦)، الطبعة التمهيدية، القسم الثاني، مجمع البحوث الإسلامية.

لأحكام الشريعة الإسلامية، ونصها: « على الموكل أن يرد للوكيل ما أنفقه في تنفيذ الوكالة التنفيذَ المعتادَ، وذلك مهما كان حظ الوكيل من النجاح في تنفيذ الوكالة، فإذا اقتضى تنفيذ الوكالة أن يقدم الموكل للوكيل مبالغَ للإنفاق منها في شؤون الوكالة، وجب على الموكل أن يقدم هذه المبالغ إذا طلب الوكيل ذلك ».

وهو ما جاء كذلك في المادة (٨٥١) مدني أردني، ونصها:

١ - « إذا دفع الوكيل بالشراء ثمن المبيع من ماله فله الرجوع به على موكله مع ما أنفقه في سبيل تنفيذ الوكالة بالقدر المعتاد.

٢ - وله أن يحبس ما اشتراه إلى أنْ يقبض الثمن ».

***

(مادة ٩١٦): إذا اشترى الوكيل بالشراء بثمن مؤجل[١] فهو في حق الموكل مؤجل[٢]، وليس له أن يطالبه به حالًّا فإن أجَّل الثمن على الوكيل بعد شرائه نقدًا فللوكيل أن يطلب الثمن من الموكل حالًّا[٣].

يلتزم الموكل برد ما أنفقه الوكيل بصفته من الحلول والتأجيل؛ ولذا لو اشترى الوكيل بثمن مؤجل فهو مؤجل فى حق الموكل، ولو كان حالًّا فهو كذلك فى حق الموكل، لكن لو اشتراه الوكيل بنقد ثم أجله البائع كان للوكيل المطالبة به حالًّا وهي الحيلة التي كان يلجأ إليها بعض الوكلاء لزيادة عوائدهم. ولو وهبه كل الثمن رجع بكله، ولو بعضه رجع بالباقي؛ لأنه حط ونقصٌ في الثمن.

قال في البحر: ولو وهبه خمسمائة ثم الخمسمائة الباقية لم يرجع الوكيل على الآمر إلا بالأخرى؛ لأن الأُولَى حط والثانية هبة.

وقد نصت المادة (١٤٩٠) من مجلة الأحكام العدلية على أنه: « إذا اشترى الوكيل المال مؤجلًا فهو في حق الموكل مؤجل أيضًا، وليس له أن يطالب بثمنه نقدًا. ولكن بعد اشتراء الوكيل نقدًا إذا أجل البائع الثمن فللوكيل أن يطلب الثمن من الموكل نقدًا ».

وهو ما ورد كذلك في المادة (٩١٨) من تقنين الشريعة على مذهب أبي حنيفة.

***

(١، ٢) في طبعة دار الفرجاني « مؤخل » والمثبت من طبعة نظارة المعارف وهو الصحيح.

(٣) يستفاد حكم فقرتيها من الدر ورد المحتار من أوائل الوكالة بالبيع والشراء : ٥/ ٥١٦.

❁ (مادة ٩١٧): لا يجوز للوكيل بشراء معين أن يشتري لنفسه في غيبة موكله الشيء الذي وكّله الموكل بشرائه له ما لم يشتره بثمن أزيد من الثمن الذي عينه له أو بجنس آخر[١].

ليس لمن وكل باشتراء شيء معين، سواء أعطى الوكيل الثمن من ماله أو من مال الموكل أن يشتري ذلك الشيء لنفسه أو لموكله الآخر الذي قد وكله مؤخرًا إذا لم يخبر الوكيل موكله بكيفية عزله لنفسه. وإن قال عند شرائه: اشتريت هذا لنفسي، بل يكون للموكل التعيين إما باسم الإشارة أو بالعلم أو بالإضافة لا يجوز؛ لأن الموكل لما كان معتمدًا على الوكيل وعلى كونه سيشتريه له، فإذا اشتراه لنفسه بالذات كان ذلك موجبًا لتغرير الموكل، وكذلك يعتبر شراء الوكيل إياه لنفسه عزلًا.

وللوكيل باشتراء شيء معين - كما يستفاد من هذا الدليل - أن يشتري لنفسه بعد أن يعزل نفسه من الوكالة ويبلّغ استعفاءه لموكله، سواء رضي الموكل بهذا العزل أو لم يَرْضَ، أما قبل أن يبلغ خبر العزل لموكله فليس له أن يشتريه لنفسه[٢].

وليس لمن وكل بشراء شيء بعينه أن يشتريه لغير موكله، وإن اشتراه بغير النقود أو بخلاف ما سمى الموكل، فهو للوكيل وينعزل.

ولو وكّل الوكيل غيره فشراه بغيبته فهو له، وإن اشتراه بحضرته فهو للموكل، وإن وكله بشراء شيء غير معين فهو للوكيل إلا إذا نواه للموكل أو شراه بماله[٣].

وهو ما جاء في المادتين (٨٤٩، ٨٥٠) مدني أردني، فتنص المادة (٨٤٩) على أنه:

١ - « لا يجوز لمن وكل بشراء شيء معين أن يشتريه لنفسه، ويكون الشراء للموكل ولو صرح بأنه يشتريه لنفسه.

٢ - ولا يجوز للوكيل بالشراء أن يبيع ماله لموكله »، وجاء في المادة (٨٥٠) أنه: « يكون الشراء للوكيل:

١ - إذا عين الموكل الثمن واشترى الوكيل بما يزيد عليه.

٢ - إذا اشترى الوكيل بغبن فاحش.

٣ - إذا صرح بشراء المال لنفسه في حضور الوكيل ».

***

(١) يستفاد من أوسط باب الوكالة بالبيع والشراء من الدر : ٥/ ٥١٨.

(٢) انظر شرح مجلة الأحكام العدلية المادة (١٤٨٥).

(٣) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (٩٢٢)، الطبعة التمهيدية ، القسم الثاني، مجمع البحوث الإسلامية.

❁ **(مادة ٩١٨): لا يجوز للوكيل بالشراء أن يشتري ماله لموكله من نفسه**[1].

الأصل أن يتوقى الوكيل في عمله مواطن الشُّبَهِ والمحاباة؛ فلو كان موكلًا بالشراء لم يجز له أن يشتري مال نفسه للموكل، ولو كان موكلًا بالبيع لم يبع مال الموكل لنفسه أو مَنْ تلزمه نفقته، ولو فعل لم يجز؛ لأن الواحد في باب البيع إذا باشر العقد من الجانبين يؤدي إلى تضاد الأحكام، فإنه يكون مستردًا مستقضيًا قابضًا مسلمًا مخاصمًا مخاصمًا في العيب ومخاصمًا، وفيه من التضاد ما لا يخفى. ولو باعه له من ابن له كبير أو امرأته أو واحد ممن لا تجوز شهادته له لم يجز ذلك في قول أبي حنيفة بمطلق الوكالة أيضًا، ويجوز في قول أبي يوسف ومحمد. وجه قول أبي يوسف ومحمد: أنه ليس للوكيل فيما يشتري هؤلاء ملكٌ ولا حقٌّ ملك، فبيعه منهم كبيعه من أجنبيٍّ آخر، وأبو حنيفة يقول: الوكيل بالبيع يوجب الحق للمشتري في ملك الغير، والإنسان متهم في حق ابنه وامرأته فيما يوجبه لهما في ملك الغير، ألا ترى أنه لو شهد له لا تُقبل شهادته، وجعل بمنزلة الشاهد لنفسه، فكذلك إذا باعه منه، ثم إن كان الخلاف في البيع بالغبن اليسير، فكلام أبي حنيفة واضح فيه؛ لأنه في حق الأجنبي إنما جعل الغبن اليسير عفوًا؛ لأنه ليس بينه وبين الوكيل سبب يجر إليه تهمة الميل، فالظاهر أنه خفي عليه ذلك، أما ما بَيْنه وَبَيْن ابنه أو أبيه فسبب يجر تهمة الميل لنفوذ الوكالة، وإن أجريت على إطلاقها فتخصيصها بالتهمة[2].

وقد وردت المادة (٨٥٣) مدني أردني بهذا المعنى، ونصها:

١ - « لا يجوز للوكيل بالبيع أن يشتري لنفسه ما وكل ببيعه.

٢ - وليس له أن يبيعه إلى أصوله أو فروعه أو زوجته، أو لمن كان التصرف معه يجر مغنمًا أو يدفع مغرمًا إلا بثمن يزيد عن ثمن المثل.

٣ - ويجوز البيع لهؤلاء بثمن المثل إذا كان الموكل قد فوضه بالبيع لمن يشاء ».

***

---

(١) يستفاد حكمها من أوائل فصل: لا يعقد وكيل البيع، من الدر وتكملة رد المحتار، ص : ٣٠٨، ٣٠٩.
وجاء في المادة (١٤٨٨) من مجلة الأحكام العدلية: « لو باع الوكيل بالشراء ماله لموكله لا يصح سواء كان خيرًا أو شرًّا »، وفي شرح المجلة: « لأنه لا يصح للواحد أن يتولى طرفي العقد » انظر المبسوط : ١٩/ ٣٢ وما بعدها.

(٢) المبسوط : ١٩/ ٣٢، ٣٣.

❁ (مادة ٩١٩): يجوز للوكيل بالشراء ردُّ ما اشتراه على البائع إذا وجد به عيبًا قديمًا وكان المبيع في يده، فإن سلمه لموكله فليس له رده بالعيب بدون إذنه[١].

تعود الحقوق فى التوكيل بالبيع والشراء للوكيل، فله بمقتضى ذلك الرد بالعيب ما دام المبيع في يده، من غير أمر الموكل؛ لأن الرد بالعيب من حقوق العقد، وهي كلها تتعلق بالوكيل دون الموكل فيستبد به ولو سلمه إلى الآمر لا يرده إلا بأمره؛ لأن حكم الوكالة قد انتهى بالتسليم إليه، ولأن في ردِّه بغير إذنه إبطالَ ملكه ويده الحقيقية فلا يمكن منه بدون رضاه، ولأنه أصيلٌ في حق الحقوق نائبٌ في حق الحكم على أصح الأقوال، فكان له جانبان؛ فجانب النيابة يمنعه الرد، وجانب الأصالة لا يمنعه؛ فعملنا بجانب الأصالة قبل الدفع إلى الموكل وبجانب النيابة بعده، وقد أمكن العمل بهما بهذا الطريق، ولو رضي الموكل بالعيب جاز وسقط حق الرد لما ذكرنا أنه أصيل في الحقوق[٢].

وقد نصت المادة (١٤٨٩) من مجلة الأحكام العدلية على أنه: « إذا اطلع الوكيل على عيب بالمال الذي اشتراه قبل أن يسلمه إلى الموكل، فله أن يرده من ذاته، ولكن ليس له أن يرده بلا أمر الموكل وتوكيله بعد التنسليم إليه »، وفي المادة (٩١٧) من تقنين الشريعة على مذهب أبي حنيفة: أن للوكيل ردَّ مشريه المعيب ما دام في يده، ولوارثه أو وصيه بعد موته، فإن لم يكن له وارث أو وصي فلموكله، وتسليم الوكيل المبيع للموكل يمنع رده إلا بأمر الموكل.

***

❁ (مادة ٩٢٠): المبيع في يد الوكيل بالشراء أمانة فإذا هلك أو ضاع بدون تعدِّيه هلك على الموكل ولا يسقط من الثمن شيء، وإن حبسه الوكيل بالشراء عن الموكل لأخذ ثمنه وتلف في يده أو ضاع لزمه أداء ثمنه[٣].

الوكيل أمين فيما بيده من أموال موكله، ولا تزول أمانته إلا بتعديه أو تقصيره أو مخالفة المأذون له فيه. فإذا هلك المبيع المأمور ببيعه قبل تسليمه إلى مشتريه يهلك من مال الموكل

---

(١) يستفاد حكمها من أوائل باب الوكالة بالبيع والشراء من الدر : ٥/ ٥١٦ حيث جاء « وللوكيل الرد بالعيب ما دام المبيع في يده لتعلق الحقوق به، ولوارثه أو وصيه ذلك بعد موته، فإن لم يكونا فلموكله ذلك، أي الرد بالعيب، وكذا الوكيل بالبيع وهذا إذا لم يسلمه، فلو سلمه إلى موكله امتنع رده إلا بأمره؛ لانتهاء الوكالة بالتسليم بخلاف وكيل باع فاسدًا فله الفسخ مطلقًا لحق الشرع ».

(٢) تبيين الحقائق : ٤/ ٢٥٩.

(٣) يستفاد حكم فقرتيها من أوائل باب الوكالة بالبيع والشراء في رد المحتار : ٥/ ٥١٦ حيث جاء أنه إذا « هلك المبيع من يده قبل حبسه هلك من مال موكله ولم يسقط الثمن؛ لأن يده كيده، ولو هلك بعد حبسه فهو كمبيع فيهلك بالثمن ».

وكذا ما اشتراه لو هلك، ولا يسقط الثمن؛ وذلك لأن المبيع أمانة في يد الوكيل لأنه قبضه للموكل وليس على الأمين شيء ما لم يحدث التعدي، فلا يضمنه كما إذا هلكت الوديعة في يد المودع أو تبين أنه قبضه لنفسه لا للموكل. فإن حبسه فهلك كان مضمونًا.

والمضمونات أنواع؛ منها: الرهن وهو مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين، والمبيع في يد البائع وهو مضمون بالثمن حتى إذا هلك سقط الثمن، قل الثمن أو كثر، والمغصوب وهو مضمون بالمثل إن كان مثليًّا، وبالقيمة إن كان قيميًّا، بالغةً ما بلغت، والمشتري إذا حبسه الوكيل لاستيفاء الثمن فهلك ففيه خلاف؛ فقال أبو يوسف: هو مضمون بالأقل من قيمته ومن الثمن، كالرهن مضمون بالأقل من قيمته ومن الرهن، وقال أبو حنيفة ومحمد: مضمون بالثمن كالمبيع يهلك قبل القبض، وقال زفر: يضمن ضمان الغصب؛ لأن مِنْ مذهبه أن ليس له حق الحبس فصار بالحبس غاصبًا.

وتظهر ثمرة الخلاف فيما إذا كان الثمن خمسة عشر مِثْلًا، وقيمةُ المبيع عشرة فعند أبي يوسف يرجع الوكيل على الموكل بالفضل، وهو الخمسة وتظهر فائدة الغضب في عكس هذا أن تكون قيمة المبيع خمسة عشر والثمن عشرة، فعند زفر يرجع الموكل على الوكيل بالخمسة، وعلى قول محمد: لا يتفاوت الحال بين أن يكون الثمن كثيرًا أو قليلًا لأنه يسقط بهلاك المبيع ولا يجب شيء أصلًا.

وقال الكاكي - رحمه اللَّه - : وتظهر ثمرة الخلاف فيما إذا كانت قيمته عشرة مثلًا والثمن خمسة عشر يرجع الوكيل على الموكل بخمسة عند أبي يوسف، ولا يرجع أحدهما على الآخر عند زفر وعند أبي حنيفة ومحمد أيضًا، ولو كانت القيمة خمسة عشر والثمن عشرة فعند زفر يرجع الموكل على الوكيل بخمسة ولا شيء عليه عند أبي حنيفة ومحمد وأبي يوسف[1].

وقد نصت المادة (١٤٩٢) من مجلة الأحكام العدلية أنه: « إذا تلف المال المشترى في يد الوكيل بالشراء، أو ضاع قضاء يتلف من مال الموكل ولا يسقط من الثمن شيء. ولكن لو حبسه الوكيل لأجل استيفاء الثمن وتلف في هذه الحال أو ضاع يلزم على الوكيل أداء ثمنه ». وهو ما جاء في المادة (٩١٩) من تقنين الشريعة على مذهب أبي حنيفة.

***

(١) تبيين الحقائق : ٤/ ٢٦٢.

الفَصْلُ الرَّابعُ

في الوكيل بالبيع

● (مادة ٩٢١): يصح للوكيل بالبيع عند الإطلاق أن يبيع الموكل ببيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه لا بفاحش الغبن، ولا يجوز إلا بالدراهم والدنانير حالّة أو إلى أجل متعارف[١].

فإن عين له الموكل القدر الذي يبيع به فليس له أن يبيع بأنقص منه، فإن باعه بأنقص منه وسلمه للمشتري لا يملكه وللموكل فسخه واسترداد المبيع، فلو هلك في يد المشتري كان للموكل الخيار إن شاء أخذ القيمة من المشتري وإن شاء أخذها من الوكيل.

فإن أخذها من المشتري لم يرجع بها على غيره وإن أخذها من الوكيل رجع بها على المشتري[٢].

يصح بيع الوكيل ما وكل به بما قل وكثر عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي: لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس في مثله، ولا يجوز إلا بالدراهم حالّة أو إلى أجل متعارف؛ لأن مطلق الوكالة يتقيد بالتعارف والتصرفات لدفع الحاجات فيتقيد التوكيل بها بمواقعها، والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود حالة أو مؤجلة بأجل متعارف بين الناس، وبيع ما يساوي ألفًا بعشرة إلى مائة سنة غير متعارف فيتقيد بالمعتاد؛ ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الأضحية والفحم والجمد بأيام الحاجة من تلك السنة، ولأن البيع بغبن فاحش بيعٌ من وجهٍ، هبةٌ من وجه، ولهذا لو صدر من المريض اعتبر من الثلث ولا يملكه الأب والوصي فصار كالوكيل بالشراء.

والبيع بالعرض شراءٌ من وجه ولم يوكله به ولا بالهبة فلا يدخل تحت الأمر بالبيع. ولأبي حنيفة: أن التوكيل بالبيع مطلق فيجري على إطلاقه في غير موضع التهمة؛ وهذا لأن البيع هو مبادلة المال بالمال مطلقًا من غير تقييد بنقد أو بقيمة، والبيع بالغبن الفاحش أو بالعرض أو بالنسيئة إذا لم يكن في لفظه ما ينفي ذلك كقوله: بعه واقض به ديني أو للنفقة ونحو ذلك متعارف عند شدة الحاجة إلى الثمن والتضجر من العرض، فلم يخرج من أن يكون بيعًا في

---

(١) جاء في متن القدوري: « والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس في مثله ».

(٢) يستفاد حكم جميع فقرات هذه المادة من أوائل الباب الثالث في الوكالة بالبيع من الهندية ص : ٤٥٨، ومنها في أوسط الباب المذكور ص : ٤٦٢، ومن الدر وتكملة رد المحتار من أوائل فصل: لا يعقد وكيل البيع : ٥/٥١٨.

العرف ولا في الحقيقة، وإنما لا يملكه الأب ولا الوصي؛ لأن ولايتهما مقيدة بشرط النظر ولا نظر في الغبن الفاحش، وحق الورثة تعلق بالمالية في مرضه فلا يكون له إبطاله فيما زاد على الثلث، والوكيل بالشراء متهم لاحتمال أنه اشتراه لنفسه، ولما رأى الصفقة خاسرة نسبها إليه، ولا يمكن ذلك في البيع فلا يتهم[١].

وقد نصت المادة (١٤٩٥) من مجلة الأحكام العدلية على ما يلي: « إذا عين الموكل الثمن فليس للوكيل بيعه بأنقصَ مما عينه الموكل، فإذا باع ينعقد البيع موقوفًا على إجازة الموكل، ولو باعه بنقصان الثمن بلا إذن الموكل وسلم المال إلى المشتري فللموكل أن يضمنه ذلك النقصان ».

***

❁ (مادة ٩٢٢): إذا لم يُقَدِّر الموكل البيع بثمن حالٍّ أو مؤجل، وكان البيع للتجارة فللوكيل بالبيع أن يبيع بثمن حال أو مؤجل بأجل متعارف بين التجار ولا ينفذ بيعه على الموكل إن باعه بأجل طويل عما جرى به العرف عند التجار[٢].

الوكيل بالبيع المطلق إذا باع بثمن مؤجل يجوز بأجل متعارف في تلك السلعة، ولا يجوز بالزيادة على ذلك، ولا يجوز كذلك إن خالف مقصود الموكل من الوكالة، فإنه إن وكله بالبيع لحاجته إلى النفقة أو قضاء الدين أو ما أشبه ذلك فليس له أن يبيعه بالنسيئة[٣].

وقد نصت المادة (١٤٩٥) من مجلة الأحكام العدلية على أن: « للوكيل المطلق بالبيع أن يبيع مال موكله نقدًا أو نسيئة لمدة معروفة بين التجار في حق ذلك المال، وليس له أن يبيعه لمدة طويلة مخالفة للعرف والعادة، وأيضًا إنْ كان قد وكل بالبيع بالنقد صراحة أو دلالة فليس له أن يبيع نسيئة، مثلًا: لو قال الموكل: بع هذا المال نقدًا، أو بع مالي هذا وأدِّ دَيْني فليس للوكيل أن يبيع ذلك المال بالنسيئة ».

***

---

(١) تبيين الحقائق : ٤/ ٢٧١.

(٢) يستفاد حكمها من الدر وتكملة رد المحتار من أوائل فصل: لا يعقد وكيل البيع... إلخ : ٥/ ٥٢٢ حيث جاء: « وصح بالنسيئة إن كان التوكيل بالبيع للتجارة، وإن كان للحاجة لا يجوز، كالمرأة إذا دفعت غزلًا إلى رجلٍ ليبيعه لها ويتعين النقد، به يفتى، وكذا في كل موضع قامت الدلالة على الحاجة كما أفاده المصنف، وهذا أيضًا إن باع بما يبيع الناس نسيئة، فإن طوَّل المدة لم يجز... ».

(٣) تبيين الحقائق : ٤/ ٢٧١.

❁ **(مادة ٩٢٣): لا يجوز للوكيل بالبيع أن يبيع الشيء الموكل ببيعه لمن لا تقبل شهادتهم له إلا إذا كان الثمن أكثر من القيمة لا أنقص منها ولو نقصانًا يسيرًا ولا مثلها ما لم يكن الموكل أمره بالبيع لهم فيجوز بيعه لهم بمثل القيمة لا دونها.**

ولا يجوز للوكيل بالبيع أن يبيع ما وكل ببيعه لابنه الصغير ولو صرح له الموكل[١].

ويدخل تحت مَنْ تردّ شهادتهم له شريك الوكيل شركةَ عنان أو مفاوضة، فلا يجوز للوكيل أن يبيع له ما وكل ببيعه إذا كان من جنس تجارتهما[٢].

« لا يصح عقد الوكيل بالبيع أو الشراء مع مَنْ ترد شهادته له؛ كأصله وفرعه وزوجه وزوجته وشريكه فيما يشتركانه عند الإمام. وقالا: يجوز العقد بمثل القيمة إلا في العبد والمكاتب؛ لأن التوكيل مطلق ولا تهمة؛ إذ الأملاك متباينة والمنافع منقطعة، بخلاف العبد الذي لا دين عليه لأنه بيع من نفسه؛ لأن ما في يد العبد للمولى وكذا حق في كسب المكاتب وينقلب حقيقة بالعجز. وله أن موضع التهمة مستثناة عن الوكالات، وهذا موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة؛ لأن كل واحد منهم ينتفع بمال الآخر عادةً فصار بيعًا من نفسه من وجه، ودخل في البيع الإجارةُ والصرف والسلم فهو على هذا الخلاف إلا إذا أطلق الموكل بأن قال له: بع ممن شئت فيجوز بيعه من هؤلاء المذكورين بمثل القيمة، كما يجوز عقده معهم بأكثر من القيمة بلا خلاف »[٣].

وقد نصَّت المادة (١٤٩٧) من مجلة الأحكام العدلية على أنه: « ليس للوكيل بالبيع أن يبيع مال موكله لمن لا تجوز شهادتهم له إلا أن يكون قد باعه بأزيد من قيمته فحينئذ يصح. وأيضًا إن كان الموكل قد وكله وكالة عامة بقوله: بعه لمن شئت ففي هذه الحال يجوز للوكيل بيعه بثمن المثل لهؤلاء ». وفي المادة (٩٢٨) من تقنين الشريعة على مذهب أبي حنيفة: أنه لا يصح عقد الوكيل بالبيع أو الشراء مع من ترد شهادتهم له، إلا إذا كان التوكيل مطلقًا فيجوز بيعه أو شراؤه بمثل القيمة، أو كان البيع بأكثر من ثمن القيمة، والشراء أقل.

وهذا هو ما ورد في المادة (٨٥٣) مدني أردني التي سبق إيراد نصها.

***

(١) جاء في رد المحتار ٥/ ٥٢١: « لو أمره بالبيع من هؤلاء فإنه يجوز إجماعًا إلا أن يبيعه من نفسه، أو ولده الصغير، أو عبده، ولا دَيْن عليه فلا يجوز قطعًا وإن صرح به الموكل ».

(٢) يستفاد حكم جميع فقراتها من الدر وتكملة رد المحتار من أوائل فصل: لا يعقد وكيل البيع : ٥/ ٥٢١، وجاء في حاشية الطحطاوي ٣/ ٢٧٥: « إلا من عبده، وكاتبه، وابنه الصغير، وشريكه مفاوضة. أما شريكه عنانًا فيجوز عقده معه إذا لم يكن ذلك من تجارتهما ».

(٣) مجمع الأنهر : ٢/ ٢٣٥.

❁ (مادة ٩٢٤): لا يجوز للوكيل بالبيع أن يشتري لنفسه الشيء الموكل ببيعه ولو صرح له الموكل بذلك[١].

الأصل أن يتوقى الوكيل في عمله الموكل به مواطن الشُّبَه والمحاباة؛ ولهذا فإنه إذا اشترى الوكيل بالبيع مال موكله لنفسه أو لولده الصغير لا يصح، حتى لو كان البيع مفيدًا للموكل بأن يبيع المال بأكثر من قيمته حتى لو أذن الموكل صراحة بذلك؛ لأنه لا يجوز لأحد أن يكون بائعًا ومشتريًا في عقد واحد بسبب أن ذلك يؤدي إلى تضاد الأحكام؛ لأنه يوجب أن يكون المشتري والمستقضي والقابض والمسلم والمخاصم في العيب والمخاصم واحدًا. ولا يخفى ما هو موجود من التضاد في ذلك، فلذلك لو قال الموكل للوكيل: بع هذا المال لنفسك أو لولدك الصغير أو لمن شئت فلو باع الوكيل ذلك المال لنفسه أو لولده الصغير لا يصح. والحيلة التي كان يلجأ إليها بعضُ الوكلاء دون اعتراض مِنْ قِبَلِ بعض الفقهاء أن يبيع وكيل البيع مال موكله لآخر حتى يصح له اشتراؤه بعد ذلك. ويشمل الوكيل بالبيع الوكيل بالفراغ؛ لأن الوكيل بفراغ عقار وقِف بالإجارتين، أو بفراغ الأراضي الأميرية ليس له أن يتفرغ بذلك العقار أو تلك الأراضي الأميرية لنفسه.

وقد جاء ذلك أيضًا في المادة (٨٥٣) مدني أردني التي سبق إيراد نصها.

***

❁ (مادة ٩٢٥): للوكيل بالبيع أن يأخذ رهنًا أو كفيلًا على المشترى بما باعه منه نسيئة ولو لم يأمره الموكل بذلك[٢] وإن أمره الموكل أن لا يبيع نسيئة إلا برهن أو كفيل فليس له مخالفته، وإن خالف لا ينفذ بيعه على الموكل[٣].

للوكيل بالبيع عند الإطلاق أن يبيع بالنقد والنسيئة، وأن يستوثق لحقوق موكله بما يستوثق

---

(١) يستفاد حكمها من الدر وتكملة رد المحتار من أوائل فصل: لا يعقد وكيل البيع : ٥/ ٥٢١ وما بعدها حيث جاء « الوكيل بالبيع لا يملك شراءه لنفسه؛ لأن الواحد لا يكون مشتريًا وبائعًا فيبيعه من غيره ثم يشتريه منه » وانظر المادة (١٤٩٦) من مجلة الأحكام العدلية.

(٢) يستفاد حكم الفقرة الأولى من الدر من أوائل فصل: لا يعقد وكيل البيع : ٥/ ٥٢١ وما بعدها.
وجاء في مجمع الأنهر ٢/ ٢٣٦: « يجوز أخذ الوكيل بالبيع بالثمن كفيلًا أو رهنًا للاستيثاق، فلا يضمن الوكيل الثمن للموكل والقيمة للراهن إن توي (أي هلك) ما على الكفيل من الثمن، أو ضاع الرهن في يده أي الوكيل؛ لأن الوكيل أصيل في الحقوق وقبض الثمن منها والكفالة توثق به، والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء فيملكهما، بخلاف الوكيل بقبض الدين لأنه يفعل نيابة وقد أنابه في قبض الدين دون الكفالة وأخذ الرهن. والوكيل بالبيع يقبض أصالة، ولهذا لا يملك الموكل حجره عن قبض الثمن »، وإلى هذا نصت المادة (١٥٠٠) من مجلة الأحكام العدلية.

(٣) يستفاد حكم هذه الفقرة من تكملة رد المحتار من أوسط كتاب الوكالة : ٥/ ٥٢٢. =

به الناس في العادة الحقوق، وذلك بأخذ رهن أو كفيل على المشتري، سواء أذن له الموكل أو لم يأذن؛ ولذا فإنه لو أخذ بالثمن رهنًا فضاع لا يضمن؛ لأن الوكيل أصيل في الحقوق وقبض الثمن منها والكفالة توثيق به والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء فيملكها، بخلاف الوكيل بقبض الدين لأنه يفعل نيابة، وقد أنابه في قبض الدين دون الكفالة وأخذ الرهن، والوكيل بالبيع يقبض أصالة، ولهذا لا يملك الموكل حجره عنه.

وفي المادة (٩٣٠) من تقنين الشريعة على مذهب الإمام أبي حنيفة أن : « للوكيل إذا باع نسيئة أن يأخذ في مقابلة الثمن رهنًا أو كفيلًا، ولا يضمن إذا تلف الرهن أو أفلس الكفيل ».

***

❁ (مادة ٩٢٦): إذا عقد الموكل والوكيل معًا عقد بيع أو لم يعلم السابق من العقدين يشترك المشتريان في البيع، ويخير كلٌ منهما بين الأخذ والترك[1].

لو باع الموكل والوكيل معًا أو لم يعلم السابق فبيع الموكل أولى عند محمد، وعند أبي يوسف يشتركان ويخيران كما في الاختيار وغيره؛ وذلك لأن كلًّا منهما باع بصفة مشروعة فيشتركان ويخيران.

***

❁ (مادة ٩٢٧): حق قبض الثمن للوكيل بالبيع لا للموكل، وللمشتري الامتناع من دفعه للموكل[2]، وإن دفع المشتري الثمن للموكل صح دفعه، وليس للوكيل مطالبته به بعد دفعه[3].

قبض ثمن المبيع من المشتري حق للوكيل بالبيع أصالة، سواء كان الموكل حيًّا أو توفي بعد العقد أو جُنَّ، وعليه لو باع الوكيل بالبيع المال الذي أمر ببيعه لدائنه ووقع التقاص مع دين الدائن بسبب وقوع عقد البيع ضمن الوكيلُ الثمنَ المذكور لموكله؛ لأن الوكيل قد أوفى دينه بمال موكله. وهذا عندهما، وقال أبو يوسف : لا تقع المقاصة بدين الوكيل. وهذا

=جاء في الفتاوى الهندية ٣/ ٥٨٩: « الموكل إذا شرط على الوكيل شرطًا مفيدًا من كل وجه بأن كان ينفعه من كل وجه، فإنه يجب على الوكيل مراعاته، أكده بالنفي أو لم يؤكده، كما إذا قال: بعه بخيار فباعه بلا خيار لا يجوز »، وانظر المادة (١٥٠١) من مجلة الأحكام العدلية، والبحر الرائق : ٧/ ١٧٣.

(١) يستفاد حكمها من الدر وحاشية الطحطاوي من أوسط باب عزل الوكيل : ٥/ ٥٣٨.

(٢) « للموكل » ساقطة من طبعة دار الفرجاني، والمثبت من طبعة نظارة المعارف وهو الصحيح.

(٣) يستفاد حكم فقرتيها من أوائل كتاب الوكالة من تنقيح الحامدية ص : ٣٩٨.

وفي الهندية : ٣/ ٥٦٨ : « وإذا طالب الموكل المشتري بالثمن فله أن يمنعه إياه، فإن دفعه إليه جاز، ولم يكن للوكيل أن يطالبه ثانيًا ».

مبني على جواز إبراء الوكيل بالبيع من الثمن عندهما، فتقع المقاصة، وعنده (أبو حنيفة): لا يجوز فلا تقع، ولكن لو هلك المبيع في يد الوكيل قبل التسليم بطلت المقاصة إجماعًا، ولا ضمان للموكل على الوكيل؛ لأنه انفسخ البيع من أصله. أما إذا كان للمشتري دينٌ على الموكل يقع التقاص بين الدين الذي على الموكل للمشتري وبين ثمن المبيع، كما أنه إذا كان على كلٍّ من الموكل والوكيل دينٌ للمشتري فيحصل التقاص بالثمن بدين الوكيل؛ حيث إنه ليس للوكيل مطالبة المشتري بالثمن.

لكن إذا قبض الموكل أيضًا الثمن يعني إذا أعطاه إياه المشتري برضاه كان صحيحًا، وإن كان قبض الثمن حقًّا للوكيل. وليس للوكيل أن يطالب المشتري بالثمن ثانية؛ لأن الثمن المقبوض حق للموكل ولا فائدة في استرداده ودفعه وتسليمه ثانية بعد أن وصل إليه.

***

(مادة ٩٢٨): يجبر الوكيل على تسليم المبيع للمشتري بعد قبضه ثَمَنَهُ إن كان حالًّا[١].

كل عقد لا يحتاج فيه الوكيل إلى إضافته إلى الموكل، ويكتفى بالإضافة إلى نفسه كالبياعات والإجارات والصلح الذي هو في معنى البيع فحقوقه راجعة إلى الوكيل، ويكون الوكيل في هذه الحقوق كالمالك، والمالك كالأجنبي فيما يتعلق بهذه الحقوق كتسليم المبيع وقبضه ومطالبة الثمن وقبضه وقبض المبيع والمخاصمة في العيب والرجوع بالثمن وقت الاستحقاق. والملك يُثبت للموكل خلافةً عن الوكيل ابتداءً وهو الصحيح، ولا تنتقل الحقوق إلى الموكل فيما يضاف إلى الوكيل ما دام الوكيل حيًّا وإن كان غائبًا؛ ولذا فإن وكيل البائع هو الذي يطالب بتسليم المبيع إذا نقده المشتري الثمن ولا يطالب الموكل به.

وإذا طالب الموكل المشتري بالثمن فله أن يمنعه إياه، فإن دفعه إليه جاز، ولم يكن للوكيل أن يطالبه ثانيًا، ولو استحق المبيع رجع المشتري بالثمن على الوكيل إن نقده إليه، وإن نقد الثمن إلى الموكل رجع به عليه، ولو لم يستحق المبيع ولكن المشتري وجد به عيبًا فله أن يخاصم الوكيل، وإذا ثبت العيب عليه ورده عليه بقضاء قاضٍ أخذ الثمن من الوكيل إذا نقده إليه، وإن نقده إلى الموكل أخذه من الموكل، وكذلك الوكيل بالشراء هو المطالب بالثمن دون الموكل وهو الذي يقبض المبيع من البائع دون الموكل، وإذا استحق المبيع فهو الذي يتولى الرجوع بالثمن على البائع دون الموكل.

***

---

(١) يستفاد حكمها من أواخر الباب الأول من كتاب الوكالة في الهندية ص : ٤٤٣.

❁ (مادة ٩٢٩): لا يجبر الوكيل بالبيع على أداء ثمن ما باعه من ماله إذا لم يقبضه من المشتري[1].

لا حق للموكل في مطالبة الوكيل بالبيع بأداء الثمن من ماله؛ لأنه ليس كفيلًا تتوجه إليه المطالبة، وإنما هو وكيل يسعى في تحقيق مصلحة موكله، ولو أعطى ثمن المال الذي باعه إلى الموكل بدون أمر المشتري كان متبرعًا، ولا حق له في رجوعه على المشتري.

وكذا لو ترك عدةُ أشخاص أموالهم عند تاجر لأجل البيع، وباع التاجر أيضًا تلك الأموال نسيئة، وأدى إلى أصحابها أثمانها قبل أن يقبض أثمانها من مشترييها على أن يبقى له ما في ذمة المشتريين، وأفلس المشترون بعد ذلك فلذلك التاجر أن يسترد من أولئكم الأشخاص نقوده. أما إذا أخذ ثمن المبيع من المشتري فيلزمه إعطاؤه للموكل.

لكن إذا لم يأخذ الوكيل بالبيع ثمن المبيع من المشتري، واشترى في مقابله أمتعةً كانت الأمتعةُ التي اشتراها له، ويلزمه أن يضمن ثمن المبيع لموكله. وليس للموكل أن يقول: إني آخذ لك المتاع. ويجبر الوكيل على أداء الثمن للموكل؛ فيما إذا باع الوكيل معجلًا وأمهل بعد البيع المشتري وأجله، فيصح إمهاله وتأجيله، ويجبر على إعطاء الثمن لموكله حالًّا من ماله، ويقبض ثمن المبيع لنفسه من المشتري بعد حلول الأجل[2].

***

❁ (مادة ٩٣٠): الوكيل بالبيع الذي لا أجر له لا يجبر على تقاضي الثمن وقبضه من المشتري، وتجوز إحالة الموكل على المشتري أو توكيله عنه في قبض الثمن[3].

لا يجبر الوكيل إذا امتنع عن فعل ما وكل فيه لكونه متبرعًا، ولا يجبر إذا كان بغير أجر على تقاضي الثمن وإنما يحيل الموكل ولا يحبس الوكيل بدين موكله، ولو كانت وكالته عامة إلا إذا ضمن[4].

وقد نصت المادة (١٥٠٤) من مجلة الأحكام العدلية على ما يلي: « إذا كان الوكيل بغير

---

(١) يستفاد حكمها من الهندية من أوسط الباب الثالث في الوكالة بالبيع : ٣/ ٥٦٨، وكذا المادتان بعدها، حيث جاء: « الوكيل بالبيع لا يطالب بأداء الثمن من نفسه ».

(٢) المادة (١٥٠٢) من مجلة الأحكام العدلية.

(٣) جاء في الفتاوى الهندية : ٣/ ٥٩٦: « ولا يجبر على التقاضي والاستيفاء، فإن تقاضى وقبض فبها، وإلا يقال له: أَحِلِ الموكل على المشتري، أو وكله بالتقاضي، فإن قال الوكيل بالبيع: أنا أتقاضى، وقال الموكل: أنا أتقاضى فالتقاضي إلى الوكيل، ولا يجبر على أن يحيل الموكل على المشتري هذا إذا كان وكيلًا بغير أجر ».

(٤) مجمع الضمانات ص : ٢٦٤.

أجرة فلا يكون مجبورًا على استيفاء ثمن المال الذي باعه ولا على تحصيله، ولكن يلزم أن يوكل موكله بقبض وتحصيل الثمن إذا لم يحصله برضائه. وأما الوكيل بالبيع بأجرة كالدلال والسمسار فهو مجبور على تحصيل الثمن واستيفائه »[١].

وقد جاءت المادة (٨٥٥) مدني أردني بهذا المعنى، ونصها:

١ - « للموكل حق قبض ثمن المبيع من المشتري، وإن كان قبضه من حق الوكيل، وللمشتري أن يمتنع عن دفعه للموكل، فإن دفعه له برئت ذمته.

٢ - إذا كان الوكيل بغير أجر فلا يكون ملزمًا باستيفاء ثمن المبيع ولا تحصيله، وإنما يلزمه أن يفوض ملكه بقبضه وتحصيله. وأما إذا كان الوكيل بأجر فإنه يكون ملزمًا باستيفاء الثمن وتحصيله ».

***

❁ (مادة ٩٣١): الوكيل بالبيع المجعول له أجر على البيع كالدلال والسمسار[٢] يجبر على تقاضي الثمن من المشتري وتحصيله منه[٣].

إذا كان الوكيل بالبيع بأجرة كالدلال والسمسار فيجبر على الاستيفاء والتحصيل من المشتري؛ لأن هؤلاء ليسوا متبرعين.

وبما أنهم يأخذون أجرة على عملهم، وتحصيل الثمن من تمام العمل أيضًا، فهم مجبرون على تحصيل الثمن.

وقد صرحوا في المضاربة بعد التفاسخ: أنه إذا كان في المال ربح يجبر المضارب على تقاضي الديون وإلا فلا، ويوكل رب المال بتقاضيه[٤].

***

❁ (مادة ٩٣٢): إذا استحق المبيع فللمشتري الرجوع على الوكيل بالثمن إن نقده إليه، سواء كان الثمن باقيًا في يده أو سلمه إلى الموكل، ويكون للوكيل الرجوع به بعد دفعه على موكله وإن نقد المشتري الثمن إلى الموكل رجع عليه به[٥].

---

(١) (المادة ١٥٠٤) من مجلة الأحكام العدلية.

(٢) في طبعة دار الفرجاني « السمار »، والمثبت من طبعة نظارة المعارف، وهو الصحيح.

(٣) جاء في الفتاوى الهندية ٣/ ٥٩٦ : « فأما إذا كان وكيلاً بأجر نحو السمسار والدلال والبياع فيجبر على استيفاء الثمن ».

(٤) المادة (١٥٠٤) من مجلة الأحكام العدلية.

(٥) يستفاد حكمها من أوسط الباب الثالث في الوكالة بالبيع من الهندية : ٣/ ٥٩٥.

لو استحق المبيع رجع المشتري بالثمن على الوكيل إن نقد الثمن إليه، وإن نقد الثمن إلى الموكل رجع عليه بالثمن. ولو لم يستحق المبيع لكن المشتري وجد به عيبًا له أن يخاصم مع الموكل، فإذا ثبت عليه العيب ورده عليه بالقضاء أخذ الثمن من الوكيل إذا نقده إليه، ولو نقد الثمن إلى الموكل أخذه منه »[١].

***

❁ **(مادة ٩٣٣): إذا وجد المشتري عيبًا قديمًا في المبيع فله الرجوع بالثمن على الوكيل إن كان نقده الثمن، وإن كان نقده إلى الموكل فله أخذه منه[٢].**

لو رد المشتري المبيع على الوكيل بالعيب ببينةٍ أو نكولٍ ردَّه على الآمر، وكذا بإقرار فيما لا يحدث مثله؛ لأن البينة حجة مطلقة. والوكيل مضطر في النكول لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسة المبيع فلزم الآمر، وكذا بإقرار فيما لا يحدث؛ لأن القاضي تيقن بحدوث العيب في يد البائع. ولو رد المبيع على الوكيل بإقراره فيما يحدث من العيوب فإنه يلزم المأمور؛ لأن الإقرار حجة قاصرة، وهو غير مضطر إليه لإمكانه السكوت والنكول، إلا أن له أن يخاصم الموكل فيلزم ببينة أو بنكوله بخلاف ما إذا كان الرد بغير قضاء، والعيب يحدث مثله، حيث لا يكون له أن يخاصم بائعه؛ لأنه بيع جديد في حق ثالث، والرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي لا يلزم الموكل إلا بحجة ولو كان عيبًا لا يحدث مثله، والرد بغير قضاء بإقراره يلزم الموكل من غير خصومة في رواية؛ لأن الرد متعين وفي عامة الروايات: ليس له أن يخاصم لما ذكرنا.

والحق في وصف السلامة ثم ينتقل إلى الرد ثم إلى الرجوع بالنقصان فلم يتعين الرد ولو قال المؤلف في الجواب: فهو رد على الموكل؛ لكان أولى؛ لأن الوكيل لا يحتاج إلى خصومة مع الموكل إلا إذا كان عيبًا يحدث مثله ورد عليه بإقرار، سواء كان بقضاء أو لا، لكن إن كان بقضاء احتاج إلى خصومة مع الموكل وإلا لا تصح خصومته لكونه مشتريًا، وجعل النكول هنا بمنزلة البينة لا الإقرار ولم يجعل في حق البائع كذلك حتى لو رد على البائع بنكوله لا يرده على بائعه لاضطرار الوكيل إلى النكول بخلاف البائع كذا في النهاية، وفيها: وقضاء القاضي مع إقرار الوكيل متصور فيما إذا أقر بالعيب وامتنع عن القبول فيقضى عليه جبرًا على القبول.

---

(١) الفتاوى الهندية : ٣/ ٥٩٥.

(٢) يستفاد حكمها من أوسط فصل: لا يعقد الوكيل بالبيع... إلخ من تكملة رد المحتار : ٥/ ٥٢٨، والبحر الرائق : ٧/ ١٧٠.

❁ (مادة ٩٣٤): إذا مات الوكيل بالبيع ووجد المشتري بالمبيع[(١)] عيبًا قديمًا فله أن يرده على وارث الوكيل أو وصيه، فإن لم يكن له وارثٌ أو وصيٌّ يرده على الموكل[(٢)].

لو مات الوكيل بالبيع ووجد المشتري بالمبيع عيبًا فإنه يرده إلى وارث الوكيل أو وصيه، وإلا رده إلى الموكل.

جاء في الفتاوى الهندية: « الوكيل بالبيع إذا مات ووجد المشتري بالمبيع عيبًا رده على وصي الوكيل، أو على وارثه وإن لم يكن له وصيٌّ ولا وارث يرده على الموكل »[(٣)].

***

❁ (مادة ٩٣٥): إذا قبض الوكيل بالبيع الثمن كان في يده أمانة فلا يضمنه إلا إذا تعدى عليه أو قصَّر في حفظه[(٤)].

الوكيل أمين فيما بيده من أموال موكله، فلا يضمن ما يضيع أو يتلف من هذه الأموال دون تعديه أو تقصيره في الحفظ. فلو باع فرسًا له وقبض ثمنه من مشتريه وتلف عنده دون تقصير منه لم يضمن؛ لأنه مسلط على البيع، وقبض الثمن، وقد قام بما جعل مسلَّطًا عليه، ولا تتمكن التهمة في حفظه، لأنه أمين فيما دفع إليه.

***

---

(١) في طبعة دار الفرجاني « البيع » والمثبت من طبعة نظارة المعارف وهو الصحيح.

(٢) يستفاد من الهندية من أوسط الباب الثالث في الوكالة بالبيع : ٣/ ٥٩٥.

(٣) الفتاوى الهندية : ٣/ ٥٩٥.

(٤) يستفاد حكمها من أول العاشر من كتاب الوكالة في الأنقروية ص : ٤٥، والمبسوط : ١٩/ ٤٩.

الفَصْلُ الخَامِسُ

في التوكيل بالخصومة

❁ (مادة ٩٣٦): يصح التوكيل بالخصومة في إثبات الديون والأعيان وسائر حقوق العباد ورضا الخصم ليس بشرط في صحته وإنما هو شرط للزومه[١].

ولا يملك وكيل الخصومة وتقاضي الدين قبض الدين، إلا إذا كان العرف بين التجار أن المتقاضي هو الذي يقبض فله قبضه[٢].

لا خلاف أنه يجوز التوكيل بالخصومة في إثبات الدين والعين وسائر الحقوق برضا الخصم حتى يلزم الخصم جواب التوكيل، والأصل فيه ما روي عن عبد اللّٰه بن جعفر - رضي اللّٰه عنهما - أن عليًّا ﷺ كان لا يحضر الخصومة وكان يقول: « إن الشيطان يحضرها وإن لها لحمًا »، فجعل الخصومة إلى عقيل ﷺ فلما كَبُر ورَقَّ حوَّلها إليَّ، وكان عليٌّ يقول: ما قضي لوكيلي فلي وما قضي على وكيلي فعليَّ، ومعلوم أن سيدنا عليًّا ﷺ لم يكن ممن لا يرضى أحد بتوكيله فكان توكيله برضا الخصم فدل على الجواز برضا الخصم. واختلف في جوازه بغير رضا الخصم، قال أبو حنيفة: لا يجوز من غير عذر المرض والسفر. وقال أبو يوسف ومحمد: يجوز في الأحوال كلها، وهو قول الشافعي، وذكر الجصاص: أنه لا فصل في ظاهر الرواية بين الرجل والمرأة والبكر والثيب[٣].

وقد نصت المادة (١٥١٦) من مجلة الأحكام العدلية على أنه: « لكلٍّ من المدعي والمدعى عليه أن يوكل مَنْ شاء بالخصومة ولا يشترط رضاء الآخر »

كما نصت المادة (١٥١٩) من مجلة الأحكام العدلية على ما يلي: « الوكالة بالخصومة لا تستلزم الوكالة بالقبض. بناء عليه ليس للوكيل بالدعوى صلاحيةُ قبض المال المحكوم به ما لم يكن وكيلًا بالقبض أيضًا ».

***

(١) يستفاد حكم هذه الفقرة من أوائل الثاني في التوكيل بالخصومة من الأنقروية ص : ٤، وكذا من الدر وتكملة رد المحتار من أوسط كتاب الوكالة : ٥/ ٥٢٩.

(٢) يستفاد حكم هذه الفقرة من أول باب الوكالة بالخصومة والقبض من الدر ورد المحتار: ٥/ ٥٢٩ حيث جاء: أن «التوكيل بالتقاضي يعتمد العرف إن كان في بلدة كان العرف بين التجار أن المتقاضي هو الذي يقبض الدين كان التوكيل بالتقاضي توكيلًا بالقبض وإلا فلا ».

(٣) بدائع الصنائع : ٦/ ٣٣.

❁ **(مادة ٩٣٧): وكيل قبض الدين من قبل الدائن يملك الخصومة مع المديون فإن أقام المديون عليه البينة على استيفاء الموكل أو إبرائه تقبل بينته، أما وكيل القاضي بقبض ديون الغائب المفقود فلا يملك الخصومة، والوكيل بقبض العين لا يملك الخصومة[1].**

يملك الوكيل الخصومة، إذا تعينت للدفاع عن حق الموكل في المطالبة بقبض الديون والائتمان وكل ما يتعلق بعمله المقصود في الوكالة. لكن لو أقام المديون البينة على وفائه بالدين للموكل قبلت منه، قال أبو حنيفة: الوكيل بقبض الدين وكيل بالخصومة.

وقد جاء في المادة (٩٣٩) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة أن: « وكيل الدائن في قبض الدين يملك الخصومة، ولا يملكها كلٌّ من وكيل القاضي في قبض الدين، ووكيل قبض العين، ووكيل الصلح »، وإنما كان للوكيل بالخصومة القبضُ، وفي التنوير: ورسول القاضي يملك القبض لا الخصومة، والعبرة في هذا كله بالأعراف ورعاية المصالح والخبرات المختلفة.

***

❁ **(مادة ٩٣٨): وكيل الصلح لا يملك الخصومة ووكيل الخصومة لا يملك الصلح[2].**

تتقيد سلطة الوكيل بما وكل فيه، فوكيل الصلح لا يملك إلا الاتفاق عليه وعلى ما هو من ضروراته، فلا يتعدى ذلك إلى الخصومة؛ لأنه غير ما فوض فيه، وكذلك لا يملك وكيل الخصومة الصلح؛ لأنه غير ما وكل فيه فلا يملكه.

وبهذا فإن وكيل الخصومة والطلب لا يملك الخصومة، ووكيل الخصومة والطلب لا يملك القبض ولا الصلح[3].

***

❁ **(مادة ٩٣٩): إذا كان الموكل بالخصومة مدعيًا وغائبًا مدة سفر، أو كان مريضًا في المصر لا يقدر أن يمشي على قدميه لمجلس الحكم يلزم منه التوكيل بدون رضا الخصم.**

---

(١) يستفاد حكمها من أوائل باب الوكالة بالخصومة والقبض من الدر ورد المحتار : ٥/ ٥٣٠، ومن تكملة رد المحتار من المحل المذكور : ٥/ ٥٤٢، وكذا حكم ما بعدها من الصفحة الأولى ومن التكملة ص : ٣٣٧، حيث جاء: « وكيل قبض الدين يملكها (أي الخصومة) خلافًا لهما لو وكيل الدائن، ولو وكيل القاضي لا يملكها اتفاقًا كوكيل قبض العين اتفاقًا ».

(٢) جاء في الدر المختار : ٥/ ٥٣٠: « كما لا يملك الخصومة وكيل الصلح ».

(٣) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (٩٣٩)، الطبعة التمهيدية، القسم الثاني، مجمع البحوث الإسلامية.

وإن كان الموكل هو المدَّعى عليه فلا يلزم منه التوكيل بدون رضا الخصم، بل يخير المدَّعي بين التربص لزوال عذر خصمه أو قبول توكيله، فإن رضي به لزمه برضاه[١].

شرط صحة التوكيل بالخصومة في الحقوق أن تكون برضا الخصم إلا أن يكون الموكل مريضًا أو غائبًا مدة السفر أو مريدًا للسفر أو مُخَدَّرة، فحينئذ يجوز بغير رضا الخصم، وهذا عند أبي حنيفة وقالا: يجوز التوكيل بالخصومة من غير رضا الخصم وإن لم يكن به عذر، وهو قول الشافعي؛ لأنه وكل بما هو خالص حقه فيصح بدون رضا الخصم كالتوكيل بالقبض والإيفاء، ولأن الحاجة ماسة إلى تجويزه بها؛ إذ لا يهتدي إليها كل أحد أو لا يرضى بها عند الحكام كل أحد يملك التوكيل بها من غير رضا الخصم، كسائر حقوقه، ولأبي حنيفة: أن التوكيل حوالة، وهي لا تجوز إلا برضا المحال عليه، فكذا التوكيل؛ وهذا لأن الخصومة تختلف والجواب مستحق عليه فصار نظير الحوالة.

ألا ترى أنه لا يوكل إلا مَنْ هو ألدُّ وأشدُّ إنكارًا ويلحقه بذلك ضرر عظيم فلا يلزمه بدون التزامه كالحوالة. بخلاف ما إذا كان به عذر من الأعذار التي ذكرناها؛ لأن الجواب غير مستحق عليه، في هذه الحالة فلا يكون فيه إسقاط حق مستحق عليه والمتأخرون من أصحابنا اختاروا للفتوى: أن القاضي إذا علم من الخصم التعنت في الإباء من قبول التوكيل لا يمكنه من ذلك، ويقبل التوكيل من الموكل من غير رضاه، وإن علم أن الموكل قصد الإضرار بخصمه لا يقبل منه التوكيل إلا برضاه، وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي - رحمه اللَّه -، ومن الأعذار الحيضُ من المدَّعى عليها إذا كان الحكم في المسجد. والحبس إذا كان من غير القاضي الذي ترافعوا إليه[٢].

وفي الفتاوى الهندية : « أجمعوا على أن الموكل لو كان غائبًا أدنى مدة السفر، أو كان مريضًا في المصر لا يقدر أن يمشي على قدميه إلى باب القاضي كان له أن يوكل مدعيًا كان أو مدَّعًى عليه، وإن كان لا يستطيع أن يمشي على قدميه، ولكنه يستطيع أن يمشي على ظهر دابة أو ظهر إنسان فإن ازداد مرضه بذلك صح التوكيل، وإن كان لا يزداد اختلفوا فيه قال بعضهم: له أن يوكل وهو الصحيح، هكذا في فتاوى قاضي خان، وهذا القول أصح وأرفق، كذا في المحيط »[٣].

***

---

(١) يستفاد حكم فقرتيها من أوسط ترجمة كتاب الوكالة من الدر ورد المحتار : ٥/ ٥٣٠، وكذا ما بعدها من المادتين.

(٢) تبيين الحقائق : ٤/ ٢٥٤.

(٣) الفتاوى الهندية : ٣/ ٦١٥.

❁ **(مادة ٩٤٠): يجوز للمخدَّرات أن يوكلن ويلزم توكيلهن بدون رضا الخصم**[١].

المخدرة في اللغة: كما في القاموس من الخدر - كالإخدار والتخدير - بفتح الخاء: إلزام البنت الخدر بكسر الخاء وهو ستر يمد للجارية في ناحية البيت وهي مخدورة ومخدرة.

وفي الشرع: هي التي لم تجر عادتها بالبروز ومخالطة الرجال، قال الحلواني: والتي تخرج في حوائجها برزة، وقال البزدوي: من لا يراها غير المحارم مخدرةٌ إذا لم تخالط الرجال[٢].

وفي الجوهرة النيرة: المرأة إن كانت مخدرة جاز لها أن توكل بغير رضا الخصم؛ لأنها لم تألف خطاب الرجال، فإذا حضرت مجلس الحكم انقبضت فلم تنطق بحجتها لحيائها، وربما يكون ذلك سببًا لفوات حقها، وهذا شيء استحسنه المتأخرون، وأما إذا كان عادتها أن تحضر مجالس الرجال فهي كالرجل لا يجوز لها التوكيل إلا برضا الخصم[٣].

***

❁ **(مادة ٩٤١): عجز الموكل عن الإفصاح والبيان في الخصومة بنفسه يوجب قبول توكيله بدون رضا خصمه.**

التوكيل بالخصومة بغير رضا الخصم لا يلزم، وقالا: يلزم، ثم اختلف المشايخ على قوله؛ بعضهم قالوا: رضا الخصم ليس بشرط لصحة التوكيل بل هو شرط لزومه، وهو الصحيح، كذا في خزانة المفتين. والذي يختار في هذه المسألة من الجواب: أن القاضي إذا علم بالمدعي التعنتَ في إباء التوكيل لا يمكِّنه من ذلك ويقبل التوكيل من الخصم، واذا علم بالموكل القصد إلى الإضرار بالمدعي في التوكيل لا يقبل ذلك منه إلا برضا الخصم، وإذا علم القاضي أن الموكل عاجز عن البيان في الخصومة بنفسه يقبل منه التوكيل[٤].

***

❁ **(مادة ٩٤٢): يلزم التوكيل بغير رضا الخصم إذا كان الموكل حاضرًا بنفسه مع وكيله في مجلس المحاكمة**[٥].

---

(١) جاء في الفتاوى الهندية : ٣/ ٦١٥ : « ويجوز للمرأة المخدرة أن توكل، وهي التي لم تخالط الرجال بكرًا كانت أو ثيبًا، كذا ذكره أبو بكر الرازي وعامة المشايخ أخذوا به، وعليه الفتوى ».

(٢) البحر الرائق : ٧/ ١٤٥.

(٣) الجوهرة النيرة : ١/ ٢٩٨.

(٤) الفتاوى الهندية : ٣/ ٦١٥.

(٥) يستفاد حكمها من أوسط ترجمة كتاب الوكالة من تكملة رد المحتار، ص : ٣٦٠.

التوكيل بغير رضا الخصم لا يجوز عند الإمام إلا أن يكون الموكل حاضرًا بنفسه أو مسافرًا أو مريضًا أو مُخَدَّرة(١).

***

● (مادة ٩٤٣): يجوز التوكيل بتقاضي الدين وقبضه من غير رضا الخصم، سواء كان الموكل حاضرًا أم غائبًا صحيحًا أم مريضًا(٢).

« إذا وكل رجلًا بتقاضي دينه فهو جائز رَضِيَ المطلوب أو لم يَرْضَ، سواء كان الموكل حاضرًا أو غائبًا، وسواء كان صحيحًا أو مريضًا. قالوا: هذا إذا كان المطلوب مقرًّا بالدين. فأما إذا كان جاحدًا لا يصح التوكيل عند أبي حنيفة من غير رضا الخصم إذا كان الموكل صحيحًا حاضرًا، وإليه مال شمسُ الأئمة الحلواني، وذكر شيخ الإسلام أن التوكيل صحيح على كل حال »(٣).

***

● (مادة ٩٤٤): يصح إقرار الوكيل بالخصومة على موكله في مجلس الحكم بغير الحدود والقصاص سواء كان موكله هو المدعي وأقرَّ عليه باستيفاء الحق، أو المدعى عليه وأقرَّ بثبوت الحق عليه(٤).

وإذا استثنى الموكل الإقرار في توكيله صحَّ توكيله واستثناؤه، ولا يقبل إقرار وكيله عليه(٥).

---

(١) يستفاد حكمها من أوسط ترجمة كتاب الوكالة من تكملة رد المحتار : ٥/ ٥٢٨.

(٢) يستفاد حكمها من الأنقروية، وهامشها من أوائل الثاني في التوكيل بالخصومة... إلخ، ص : ٥.

(٣) الفتاوى الهندية : ٣/ ٦٢٠.

(٤) جاء في الدر المختار : ٥/ ٥٣١ : « وصح إقرار الوكيل بالخصومة لا بغيرها مطلقًا بغير الحدود والقصاص على موكله عند القاضي دون غيره استحسانًا وإن انعزل الوكيل به أي بهذا الإقرار حتى لا يدفع إليه المال وإن برهن بعده على الوكالة للتناقض.

(٥) يستفاد حكم فقرتيها من أوائل الوكالة بالخصومة من الدر ورد المحتار : ٥/ ٥٣١ حيث جاء: « وكذا إذا استثنى الموكل إقراره بأن قال: وكلتك بالخصومة غير جائز الإقرار صح التوكيل والاستثناء على الظاهر ».

وفي البحر الرائق : ٧/ ١٩٩ : « فالحاصل أنها على خمسة أوجه كما في الذخيرة:

الأول: أن يوكله بالخصومة فيصير وكيلًا بهما.

الثاني: أن يستثني الإقرار فيكون وكيلًا بالإنكار فقط.

الثالث: عكسه فيصير وكيلًا بالإقرار فقط في ظاهر الرواية؛ لأن الموكل ربما يضره الإنكار بأن كان المدعي به أمانة ولو جحدها الوكيل لا يصح دعوى الرد بعده ويصح قبله ففيه فائدة.

الرابع: أن يوكله بالخصومة جائز الإقرار فيكون وكيلًا بهما.

الخامس: أن يوكله بها غير جائز الإقرار والإنكار ففيه اختلاف المتأخرين ».

إن أقر الوكيل على الذي وكله بالخصومة مطلقًا في القياس، لا يجوز إقراره، سواء كان في مجلس القاضي، أو في غير مجلس القاضي. وهو قولُ أبي يوسف الأولُ، وقول زفر والشافعي ثم رجع أبو يوسف فقال: يصح إقراره في مجلس القاضي. وفي غير مجلس القاضي إقراره باطل، وجه القياس: أنه وكله بالخصومة، والخصومة اسم لكلام يجري بين اثنين على سبيل المنازعة والمشاحة، والإقرار اسم لكلام يجري على سبيل المسالمة والموافقة، وكان ضد ما أمر به، والتوكيل بالشيء لا يتضمن ضده؛ ولهذا لا يملك الوكيل بالخصومة الهبة والبيع أو الصلح، والدليل عليه: بطلان إقرار الأب والوصي على الصبي مع أن ولايتهما أعم من ولاية الوكيل.

وأبو يوسف يقول: « الموكل أقام الوكيل مقام نفسه مطلقًا فيقتضي أن يملك ما كان الموكل مالكًا له، والموكل مالك للإقرار بنفسه في مجلس القضاء وفي غير مجلس القضاء، فكذلك الوكيل؛ وهذا لأنه إنما يختص بمجلس القضاء ما لا يكون موجبًا إلا بانضمام القضاء إليه كالبينة واليمين، فأما الإقرار فهو موجب للحق بنفسه، سواء حصل من الوكيل أو من الموكل، فمجلس القضاء فيه وغير مجلس القضاء سواء. وإذا وكله بالخصومة في دار يدعي فيها دعوى، ثم عزله عنها، ثم شهد له الوكيل بها، فإن كان الوكيل قد خاصم إلى القاضي جازت شهادته عند أبي حنيفة ومحمد ولم تجز عند أبي يوسف، وهو بناء على ما ذكرنا أن عند أبي يوسف بتعيينه للتوكيل صار خصمًا قائمًا مقام الموكل، ولهذا جاز إقراره فيخرج من أن يكون شاهدًا بنفس التوكيل، وعندهما: إنما يصير خصمًا في مجلس القاضي، فكذلك إنما يخرج من أن يكون شاهدًا إذا خاصم في مجلس القاضي لا قبل ذلك[١].

وقد نصت المادة (١٥١٧) من مجلة الأحكام العدلية على أن: « إقرار الوكيل بالخصومة على موكله إن كان في حضور الحاكم يعتبر، وإذا لم يكن في حضور الحاكم فلا يعتبر وينعزل هو من الوكالة »[٢].

ويصح إقرار الوكيل بالخصومة في غير الحدود والقصاص عند القاضي، وإن انعزل به ولا يصح إقراره إذا استثناه الموكل عند التوكيل[٣].

***

---

(١) المبسوط : ١٩/ ٤، ٥.

(٢) المادة (١٥١٧) من مجلة الأحكام العدلية.

(٣) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (٩٤١)، الطبعة التمهيدية، القسم الثاني، مجمع البحوث الإسلامية.

(مادة ٩٤٥): يجوز للوكيل بالإجارة المخاصمةُ في إثباتها وقبضُ الأجرة، وعليه تسليم العين للمستأجر[١].

الوكيل بالإجارة خصم في إثبات الإجارة، وفي قبض الأجر، وحبس المستأجر به؛ لأن الإجارة بيع المنفعة فقياس ببيع العين، والوكيل يستغني عن إضافة العقد إليه فكان في حقوق العقد كالعاقد لنفسه، فإن وهب الأجر للمستأجر أو أبرأه منه جاز إن لم يكن شيئًا بعينه، ويضمنه للآمر، وإن كان شيئًا بعينه لم يجز إبراؤه ولا هبته[٢].

***

(مادة ٩٤٦): الوكيل بالخصومة إذا ثبت الحق على موكله لا يلزمه ولا يحبس عليه، ولو كان وكيلًا عامًّا ولا يكون[٣] ضامنًا لأدائه بدون كفالة شرعية، لم يأمره الموكل بدفعه من مال الموكل الذي في يده[٤].

تعود الأحكام فيما يباشره الوكيل إلى الموكل لا الوكيل؛ فالملكية في البيع تنتقل إلى الموكل، وأحكام عقد الزواج الذي يعقده الموكل ترجع إلى الموكل كذلك. وإذا ثبت الحق على موكله في الوكالة بالخصومة لا يطالب بأداء ما يرتبه هذا الحق فلو كان دينًا لم يجب عليه أداؤه، ولو أداه بغير إذن الموكل كان متبرعًا، ولا يحبس فيه، وإنما يخاطب به الموكل، ولا يلزم الوكيل الأمر بالأداء والضمان[٥].

***

(مادة ٩٤٧): تجري النيابة في الاستحلاف لا الحلف، فيملك الوكيل والوصي ومتولي الوقف وأبو الصغير الاستحلاف فله طلب يمين خصمه، ولا يحلف أحد منهم إلا إذا حصل الادعاء عليه بمباشرة العقد أو صح إقراره على الأصيل[٦].

الحلف: هو أداء اليمين، وهو مما لا يجري فيه النيابة، فلا يكلف أحد بالحلف عن غيره، ولا يصح ذلك منه، أما الاستحلاف: فهو طلب اليمين من الخصم، ويملكه كلُّ مَنْ يملك

---

(١) يستفاد حكمها من أوائل الخامس في التوكيل بالإجارة إلخ من الأنقروية، ص : ٣٧.

(٢) الفتاوى الأنقروية : ٢/ ٣٧.

(٣) « ولا يكون » ساقطة من طبعة دار الفرجاني، والمثبت من طبعة نظارة المعارف وهو الصحيح.

(٤) يستفاد حكمها من أوسط كتاب الوكالة من تنقيح الحامدية ص : ٤٠٢.

(٥) مجمع الضمانات ص : ٢٦٣، الفتاوى الهندية : ٣/ ٦٢٠.

(٦) يستفاد حكمها من الدر أوسط كتاب الدعوى : ٥/ ٥٣٣.

التقاضي بحقٍ للنفس أو الغير، ولذا يملك الوكيلَ والوصي ومتولي الوقف وأبو الصغير الاستحلاف والتوجه إلى الخصم بطلب يمينه.

***

الفَصْلُ السَّادِسُ

في عزل الوكيل

❁ (مادة ٩٤٨): للموكل أن يعزل وكيله عن الوكالة متى شاء شفاهًا وتحريرًا، بشرط علم الوكيل، ما لم يتعلق به حق الغير، فإن تعلق به حق الغير كما إذا رهن المديون ما له وعند حلول الأجل وكَّل آخر ببيع الرهن، فلا يعزل ولا تبطل وكالته بالعزل[1].

عزل الموكل وكيله متى شاء ونهيه عن الاستمرار في أعمال الوكالة؛ لأن الوكالة عقد غير لازم فكان محتملًا للفسخ بالعزل والنهي، ولصحة العزل شرطان:

أحدهما: علم الوكيل به؛ لأن العزل فسخ للعقد فلا يلزم حكمه إلا بعد العلم به كالفسخ، فإذا عزله وهو حاضر انعزل، وكذا لو كان غائبًا،وكتب إليه كتاب العزل فبلغه الكتاب، وعلم بما فيه انعزل؛ لأن الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر، وكذلك لو أرسل إليه رسولًا فبلغ الرسالة، وقال: إن فلانًا أرسلني إليك ويقول: إني عزلتك عن الوكالة فإنه ينعزل كائنًا ما كان الرسول، عدلًا كان أو غير عدل، حرًّا كان أو عبدًا، صغيرًا كان أو كبيرًا بعد أن بلغ الرسالة على الوجه الذي ذكرنا؛ لأن الرسول قائم مقام المرسل معبر وسفير عنه، فتصح سفارته بعد أن صحت عبارته على أي صفة كان.

الثاني: أن لا يتعلق بالوكالة حق الغير، فأما إذا تعلق بها حق الغير فلا يصح العزل بغير رضا صاحب الحق؛ لأن في العزل إبطال حقه من غير رضاه ولا سبيل إليه، وهو كمن رهن ماله عند رجل بدين له عليه أو وضعه على يدي عدل، وجعل المرتهن أو العدل مسلطًا على بيعه وقبض ثمنه عند حل الأجل، فعزل الراهن المسلط على البيع لا يصح به عزله؛ لما ذكرنا[2].

وقد نصَّت المادة (١٥٢١) من مجلة الأحكام العدلية على أن: « للموكل أن يعزل وكيله من الوكالة، ولكنْ إن تعلق به حق آخر فليس له عزله، كما إذا رهن مدين ماله، وحين عقد الرهن وبعده وكل آخر ببيع الرهن عند حلول أجل الدين، فليس للراهن الموكل عزل ذلك الوكيل بدون رضاء المرتهن، كذلك لو وكل أحد آخر بالخصومة بطلب المدعي ليس له عزله في غياب المدعي ».

---

(١) يستفاد حكم الفقرة الأولى والثانية من الدر وتكملة رد المحتار من أوائل عزل الوكيل : ٥/ ٤٣٣.

(٢) بدائع الصنائع : ٦/ ٥٦، ٥٧.

وفي المادة (٩٤٨) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان أن: « وللموكل أن يعزل وكيله من الوكالة ما لم يتعلق بالتوكيل حق للغير، ويتوقف انعزاله على علمه، وتصرفه قبل العلم صحيح ».

وتتفق هذه المادة مع ما ورد في المادتين (٧١٠، ٧١٢) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[1]، فقد نصت المادة (٧١٠) على ما يأتي:

١ - « يجوز للموكل أن يعزل الوكيل في أي وقت أو يقيد وكالته، ولو وجد اتفاق يخالف ذلك.

٢ - على أنه إذا كان للوكيل أو للغير مصلحة في الوكالة، فإنه لا يجوز للموكل أن يعزل الوكيل أو يقيد الوكالة دون رضاء من له مصلحة في الوكالة.

٣ - ويلتزم الموكل بتعويض الوكيل عن الضرر الذي لحقه من جراء عزله في وقت غير مناسب، أو بغير مبرر مقبول ».

وهو ما جاء كذلك في المادة (٧١٧) كويتي، (٨٦٣، ٨٦٤) أردني، (٩٤٧) عراقي، والمادة (٧١٥) من مشروع القانون المدني المصري التي تنص على أنه:

١ - « يجوز للموكل في أي وقت أن ينهي الوكالة أو يقيدها، ولو وجد اتفاق يخالف ذلك، فإذا كانت الوكالة بأجر، فإن الموكل يكون ملزمًا بتعويض الوكيل عن الضرر الذي لحقه من جراء عزله في وقت غير مناسب، أو بغير عذر مقبول.

٢ - على أنه إذا كانت الوكالة صادرة لصالح الوكيل أو لصالح أجنبي، فلا يجوز للموكل أن ينهي الوكالة أو يقيدها دون رضاء مَنْ صدرت الوكالة لصالحه ».

وأحكام المادة المذكورة تتفق مع أحكام الفقه الإسلامي، فالمذهب المالكي يفرق في هذا الصدد بين الوكالة بأجر والوكالة بغير أجر، فقد نصت المادة (٣٦٥) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك على ما يأتي: « إذا كانت الوكالة بأجر كانت لازمة لكل من الموكل والوكيل، وإن كانت بغير أجر فلا تكون لازمة، ويكون للموكل عزل وكيله متى شاء، وللوكيل عزل نفسه متى شاء، إلا أن يكون عزل نفسه فيه إضرار بالموكل، أو تكون الوكالة في خصومة، فليس للموكل عزله قبل تمام الخصومة، وليس للوكيل عزل نفسه قبل تمام ما وكل عليه من خصومة وغيرها »[2].

---

(١) المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة (٧١٠) ص : ٢٧٥، والمادة (٧١٢)، ص : ٢٧٧.

(٢) الشرح الكبير وحاشيته : ٣/ ٣٥٦ و٣٥٧.

وفي خصوص التزام الموكل بتعويض الوكيل عن الضرر الذي لحقه من جراء عزله، فإن هذا يتفق مع القواعد العامة في الشرع الإسلامي التي تقضي بأن الضرر يزال (المادة ٢٠ من المجلة)، وقد أقر الفقه الإسلامي الصورة العكسية؛ حيث أنكر على الوكيل عزل نفسه إذا كان في ذلك إضرار بالموكل (المادة ٣٦٥ من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك المذكورة حالًا).

ونصت المادة (٧١٢) على أنه: « إذا انتهت الوكالة، فتعتبر مع ذلك قائمة في جانب الوكيل، ما دام لا يعلم بانتهائها »[1].

ذلك أنه أيًا كان سبب انتهاء الوكالة، فإن هذا الانتهاء لا يعتد به في حق الوكيل، إلا من وقت علمه به، فتعتبر الوكالة قائمة في جانب الوكيل ما دام لا يعلم بانتهائها، كما إذا عزل الموكل الوكيل ولم يخطره بذلك، حيث ينصرف أثر التصرف الذي يبرمه الوكيل قبل الإخطار إلى الموكل.

والمادة المذكورة تتفق مع المادة (٢/٩٤٧) من التقنين العراقي، والمادة (٨٦٥) من التقنين الأردني.

***

(مادة ٩٤٩): ينعزل الوكيل بخروجه أو بخروج الموكل عن الأهلية، وبوفاة الموكل وإن تعلق به حق الغير[2] إلا في الوكالة ببيع الرهن إذا وكل الراهن العدل أو المرتهن ببيع الرهن عند حلول الأجل، فلا ينعزل بموت الموكل، ولا بخروجه عن الأهلية[3].

تنعزل الوكالة بموت الموكل؛ لأن التوكيل بأمر الموكل، وقد بطلت أهلية الآمر بالموت فتبطل الوكالة، علم الوكيل بموته أم لا.

---

(١) هذه المادة مستحدثة، وهي تتفق مع المادة (١/ ٩٩٥) من المشروع التمهيدي، مشروع القانون المدني المصري التي تنص على ما يأتي: « تعتبر الوكالة قائمة في جانب الوكيل حتى لو كانت قد انتهت، ما دام لا يعلم بانتهائها »، وقد حذفت هذه المادة في لجنة المراجعة ، مجموعة الأعمال التحضيرية : ٥/ ٢٣٣و ٢٣٤ في الهامش.
فأيًا كان سبب انتهاء الوكالة، فإن هذا الانتهاء لا يعتد به في حق الوكيل إلا من وقت علمه به، فتعتبر الوكالة قائمة في جانب الوكيل ما دام لا يعلم بانتهائها، كما إذا عزل الموكل الوكيل ولم يخطره بذلك، حيث ينصرف أثر التصرف الذي يبرمه الوكيل قبل الإخطار إلى الموكل.
والمادة الذكورة تتفق مع المادة (٢/ ٩٤٧) من التقنين العراقي، والمادة (٨٦٥) من التقنين الأردني.

(٢) جاء في بدائع الصنائع ٦/ ٥٧،٥٦: « ينعزل الوكيل بموت الموكل؛ لأن التوكل بأمر الموكل، وقد بطلت أهلية الآمر بالموت فتبطل الوكالة، علم الوكيل بموته أم لا، ومنها: جنونه جنونًا مطبقًا؛ لأن الجنون المطبق مبطل لأهلية الآمر ».

(٣) يستفاد حكمها من أوائل باب عزل الوكيل من الدر : ٥/ ٥٣٩.

ومنها جنونه جنونًا مطبقًا؛ لأن الجنون المطبق مبطل لأهلية الآمر، واختلف أبو يوسف ومحمد في حد الجنون المطبق فحدَّه أبو يوسف بما يستوعب الشهر، ومحمد بما يستوعب الحول.

وجه قول محمد: أن المستوعب للحول هو المسقط للعبادات كلها فكان التقدير به أولى، وجه قول أبي يوسف: أن هذا القدر أدنى ما يسقط به عبادة الصوم، فكان التقدير به أولى.

وفي الدر المحتار: أنه إذا وكل الراهن العدل أو المرتهن ببيع الرهن عند حلول الأجل فلا ينعزل بالعزل، ولا بموت الموكل وجنونه،كالوكيل بالأمر باليد والوكيل ببيع الوفاء لا ينعزلان بموت الموكل.

وقد نصت المادة (١٥٢٧) من مجلة الأحكام العدلية على أنه: « ينعزل الوكيل بوفاة الموكل، ولكن إذا تعلق به حق الغير لا ينعزل ».

كما نصت المادة (١٥٣٠) من المجلة العدلية على أنه: « تبطل الوكالة بجنون الموكل أو الوكيل ».

وجاء في المادة (٩٥٢) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة أنه: « ينعزل الوكيل بموت الموكل أو بجنون أحدهما جنونًا مطبقًا أو الحكم بلحوقه مرتدًا، إلا إذا تعلق به حق للغير ».

وتتفق هذه المادة ما ورد في المادة (٧٠٩) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[1]، ونصها: « تنتهي الوكالة بإتمام العمل الموكل فيه، أو بانقضاء الأجل المعين للوكالة، وتنتهي أيضًا بموت الموكل أو الوكيل ».

وهو ما جاء كذلك في المواد (٧١٤) مدني مصري، (٩٤٦) عراقي، (٧١٠٦) كويتي، (٨٦٢) أردني، وفيها: أن الوكالة تنتهي بوفاة الوكيل أو بخروجه من الأهلية، ولو تعلق بالوكالة حق الغير.

وقد عرض الفقه الإسلامي لأسباب انتهاء الوكالة المذكورة في المادة المذكورة وغيرها، فقد نصت المادة (٣٦٣) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك على ما يأتي: « ينعزل الوكيل المفوض بموت الموكل أو تفليسه أو عزله له إن علم بموت الموكل أو تفليسه أو عزله، وينعزل الوكيل غير المفوض بما سبق وبتمام ما وكل عليه، وإذا تصرف الوكيل فيما وكل عليه بعد علمه بموجب انعزاله كان ضامنًا له، وإن تصرف فيه قبل العلم كان

---

(١) المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية (مادة ٧٠٩) ص : ٢٧٥.

تصرفه نافذًا »، وجاء في إيضاح هذه المادة ما يأتي: « وما جرينا عليه في النص من أن انعزال الوكيل بموت الموكل أو تفليسه أو عزله مشروط بعلمه بما ذكر هو القول الراجع » الشرح الصغير وحاشيته : ٢/ ٢٠٩، والشرح الكبير وحاشيته : ٣/ ٣٥٦، ونصت المادة (٣٦٤) من هذا المشروع على ما يأتي: «ينعزل وكيل الوكيل بموت الموكل الأصيل أو تفليسه، وينعزل الموكل أو وكيل له، ولا ينعزل بعزل الوكيل أو موته « الشرح الكبير وحاشيته : ٣/ ٣٤٩ ».

***

(مادة ٩٥٠): للوكيل بالخصومة وشراء معين أن يعزل نفسه من الوكالة، ما لم يتعلق به حق الغير فيجبر على إبقاء الوكالة، ويشترط علم الموكل بالعزل فيكون تصرف الوكيل جائزًا إلى أن يعلم الموكل[1].

يجوز للوكيل أن يتنحى عن الوكالة ويعزل نفسه منها متى شاء، إلا إذا تعلق حق الغير بها، فيلزمه أن يعلمه برغبته في التنحي، ويمهله وقتًا كافيًا لصيانة مصالحه.

وهذا هو ما جاء في المادة (١٥٢٤) من مجلة الأحكام العدلية، والتي تنص على أنه: « إذا عزل الوكيل نفسه يلزمه أن يعلم الموكل بعزله، وتبقى الوكالة في عهدته إلى أن يعلم الموكل عزله ». كما نصت المادة (١٥٢٢) من المجلة على أن: « للوكيل أن يعزل نفسه من الوكالة، ولكن لو تعلق به حق الغير كما ذكر آنفًا يكون محجورًا على إيفاء الوكالة ».

وجاء في المادة (٩٤٩) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة أن: « للوكيل بالخصومة وبشراء المعين عزل نفسه بشرط علم موكله ».

وتتفق هذه المادة مع ما ورد في المادة (٧١١) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[2]، ونصها:

١ - « يجوز للوكيل أن يتنحى عن الوكالة في أي وقت، ولو وجد اتفاق يخالف ذلك.

٢ - غير أنه لا يجوز للوكيل أن يتنحى عن الوكالة إذا كان للغير مصلحة فيها، إلا إذا وجدت أسباب جدية تبرر ذلك، على أن يخطر الغير بهذا التنحي، ويمهله وقتًا كافيًا ليتخذ ما يلزم لصيانة مصالحه.

---

(١) يستفاد حكم فقرتيها من الدر ورد المحتار :٥/ ٥٣٧، من أوائل باب عزل الوكالة، حيث جاء، « فللوكيل - أي بالخصومة وبشراء المعين لا الوكيل بنكاح وطلاق وعتاق وبشراء شيء بغير عينه - عزل نفسه بشرط علم موكله ». وانظر تبيين الحقائق: ٤/ ٢٦٣.

(٢) المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة (٧١١) ص : ٢٧٦.

٣ - ويلتزم الوكيل بتعويض الموكل عن الضرر الذي لحقه من جراء التنحي في وقت غير ملائم أو بغير مبرر مقبول ».

هو ما أخذت به المواد (٩٤٧) عراقي، (٨٦٥، ٨٦٦) أردني، والمادة تقابل المادة (٧١٦) من مشروع القانون المدني المصري التي تنص على ما يأتي:

١ - « يجوز للوكيل أن ينزل في أي وقت من الوكالة، ولو وجد اتفاق يخالف ذلك، ويتم التنازل بإعلان للوكيل، فإذا كانت الوكالة بأجر، فإن الوكيل يكون ملزمًا بتعويض الموكل عن الضرر الذي لحقه من جراء التنازل في وقت غير مناسب أو بغير إعلان مقبول.

٢ - وغير أنه لا يجوز للوكيل أن ينزل عن الوكالة متى كانت صادرة لصالح أجنبي، إلا إذا وجدت أسباب جدية تبرر ذلك، على أن يخطر الأجنبي بهذا التنازل، وأن يمهله وقتًا كافيًا ليتخذ ما يلزم لصيانة مصالحه ».

وأحكام المادة المذكورة تتفق مع أحكام الفقه الإسلامي، فالمذهب المالكي يفرق في هذا الصدد بين الوكالة بأجر والوكالة بغير أجر، انظر المادة (٣٦٥) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك التي تقدم ذكرها تحت المادة السابقة.

وفي خصوص التزام الوكيل بتعويض الموكل عن الضرر الذي لحقه من جراء التنحي، انظر المادة (٣٦٥) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك التي تقدم ذكرها تحت المادة السابقة.

***

(مادة ٩٥١): للموكل عزل وكيله بقبض الدين إن وكله بغير حضرة مديونه، وإن وكله بحضرته لا يملك عزله بدون علم المديون، فإن دفع إليه الدين من دون أن يعلم بعزله يبرأ من الدين[1].

للموكل عزل وكيله متى شاء، طبقًا لما تقدم، ولذا فإنه إذا وكله بقبض الدين ملك عزله إن كان بغير حضرة المديون، وإن وكله بحضرته لا يملك ذلك؛ لتعلق حقه به، إلا إذا علم المديون بالعزل فحينئذ ينعزل الوكيل، فلو دفع المديون دينه إلى الوكيل قبل علم المديون بعزله يبرأ، وبعده لا؛ لدفعه لغير وكيل.

وقد نصت المادة (١٥٢٥) من مجلة الأحكام العدلية على أن: « للموكل عزل وكيله

(١) يستفاد حكمها والتي بعدها من الدر من أوائل باب عزل الوكيل : ٥/ ٥٣٧.

الذي وكله بقبض الدين في غياب المدين، أما إذا وكله الدائن في حضور المدين فلا يصح للدائن عزله ما لم يلحق خبر العزل علم المدين، وفي هذه الحالة إذا أدى المدين الدين للوكيل قبل أن يعلم عزله برئ من الدين »[1].

وهو ما جاء في المادة (٩٥٠) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة.

***

(مادة ٩٥٢): تنتهي الوكالة بنهاية الشيء الموكل فيه، كما لو وكله بقبض دينه وقبضه بنفسه[2].

تنتهي الوكالة بإتمام عمل الموكل به، وبقيام الموكل بالعمل بنفسه، وينعزل الوكيل من الوكالة بدون حاجة للعزل؛ لأن الوكيل في هذه الحالة يكون عاجزًا عن امتثال أمر الموكل، ولأن الوكيل ينعزل في كل تصرف إذا تصرف فيه الموكل بوجه ما، فيصبح الوكيل بعد ذلك التصرف عاجزًا عن التصرف فيه.

وتتفرع من ذلك: أنه إذا وكل شخص آخر في بيع ماله، وقبل أن يبيع الوكيل المال الموكل ببيعه باع الموكل ذلك المال لآخر أو وهبه إياه وسلمه إليه، ينعزل الوكيل.

وكذلك إذا وكل أحد آخر في إجارة داره، وقبل أن يؤجر الوكيل الدار أجرها الموكل بنفسه لآخر، فينعزل الوكيل من الوكالة، ومثله إذا وكل أحد آخر بقبض ما في ذمة مدينه من الدين، وقبل أن يقبض الوكيل ذلك قبضه الموكل، ينعزل الوكيل، وإذا أعطى أحد لآخر عشرة دنانير ليوفي بها دينه، فأدى الآمر الموكل، ثم أداه المأمور الوكيل، ينظر، فإذا كان الوكيل عالمًا بأداء الموكل الدين قبلًا كان ضامنًا، وإلا فلا يضمن، ويرجع الموكل على الدائن ويسترد ما أخذه من وكيله، والقول مع اليمين للوكيل على عدم علمه بتأدية الموكل الدين قبلًا.

وكذا لو وكل أحد آخر باشتراء مال له، واشترى ذلك المال قبل أن يشتريه الوكيل ينعزل الوكيل عن الوكالة؛ لأنه في هذه الحالة يصير الوكيل عاجزًا عن إيفاء الوكالة عجزًا مستمرًا.

وتنتهي الوكالة في قبض الدين بقبض الوكيل الدين، تنتهي الوكالة وينعزل منها الوكيل؛

---

(١) المادة (١٥٢٥) من مجلة الأحكام العدلية.

(٢) جاء في الدر المختار ٥/ ٥٣٨: « وينعزل الوكيل بلا عزل بنهاية الشيء الموكل فيه، كأن وكله بقبض دين فقبضه بنفسه، أو وكله بنكاح فزوجه الوكيل ».

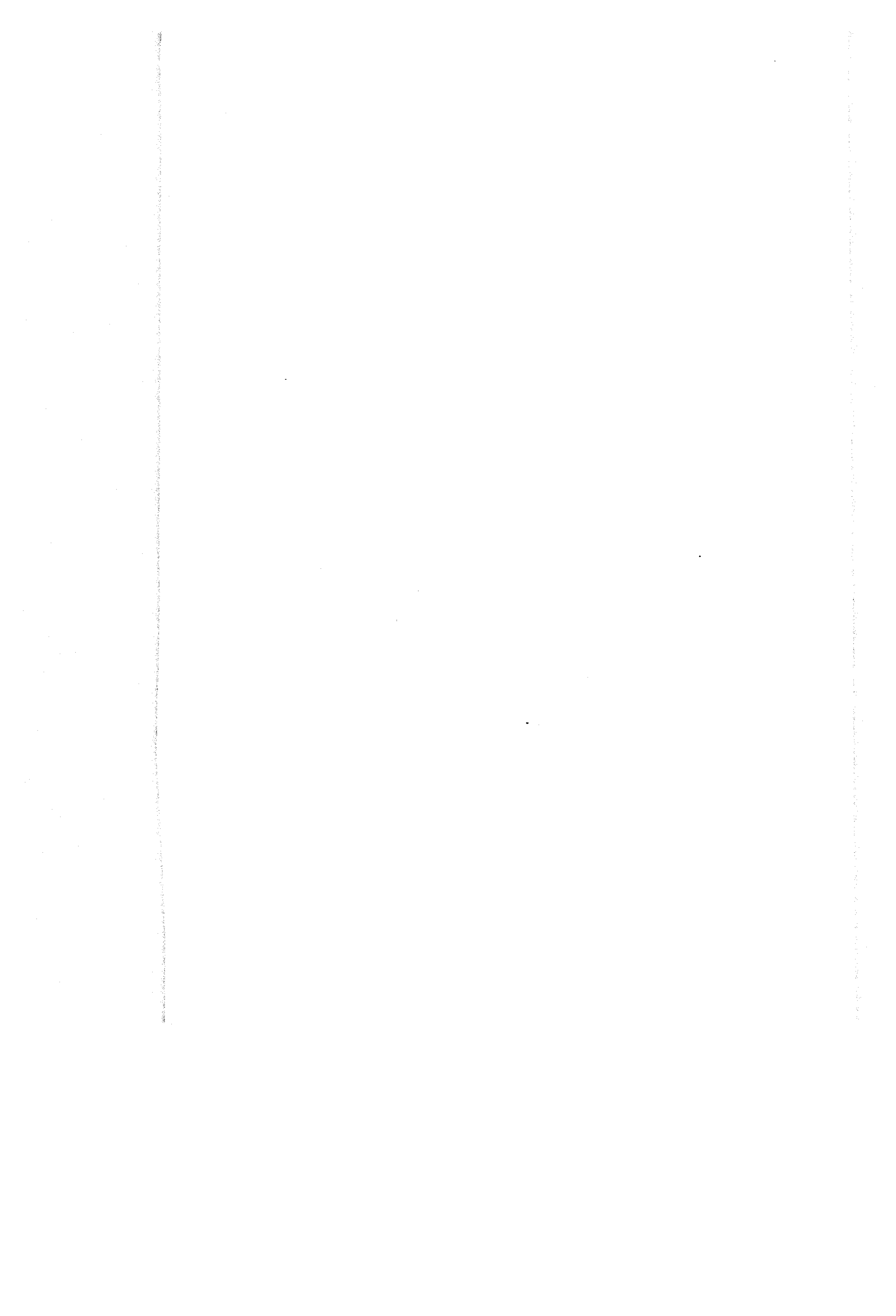
لأنه ينعزل عزلًا حكيمًا بإنجاز ما وكل به.

وهو ما جاء في المادة (١٥٢٦) من مجلة الأحكام العدلية، (٩٥١) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة، وهو ما عبرت عنه كذلك القوانين العربية، طبقًا لما جاء في المواد المشار إليها فيما سبق، وفي المواد (٨٦٢ - ٨٦٧) مدني أردني.

***

كتاب الرهن





الفَصْلُ الأوَّلُ

في شرائط الرهن وبيان ما يجوز رهنه وما لا يجوز

(مادة ٩٥٣)[١]: عقد الرهن هو جعل شيءٍ ماليٍّ محبوسًا في يد المرتهن، أو في يد عدل بحق ماليٍّ يمكن استيفاؤه منه كلًّا أو بعضًا[٢].

الرهن لغة: حبس الشيء.

واصطلاحًا: حبس شيء مالي، أي جعله محبوسًا؛ لأن الحابس هو المرتهن بحق يمكن استيفاؤه أي أخذه منه كلًّا أو بعضًا لو كانت قيمة المرهون أقل من الدين.

وفي المادة (٥١٢) من تقنين الشريعة على مذهب أبي حنيفة: أن الرهن حبس شيء مالي بحق يمكن استيفائه منه.

وينطبق هذا التعريف على ما تسميه القوانين العربية: الرهن الحيازي، الذي يقابل الرهن الرسمي أو التأميني، والرهن الرسمي أو التأميني كما عرفته المادة (١٣٢٢) مدني أردني: «عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقًا عينيًا، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون»، ولا ينعقد الرهن التأميني الوارد على عقار إلا بتسجيله تسجيلًا رسميًا، أما الرهن الحيازي فتعريفه كما جاء في المادة (١٣٧٢) مدني أردني أنه: احتباس مال في يد الدائن أو يد عدل ضمانًا لحق يمكن استيفاؤه منه كله أو بعضه بالتقدم على سائر الدائنين.

« والرهن الحيازي أقرب إلى مفهوم الرهن المعروف في الفقه الإسلامي، ولا يبعد الرهن الرسمي أو التأميني عما هدف إليه الرهن الحيازي في الفقه الإسلامي، سواء في الهدف، وهو توثيق الحق وإدراك الحاجة العملية إليه، وهو تأمين الدين من التوى، أو في الأسلوب وهو تقديم الدائن المرتهن في استيفاء دينه من الرهن، وإنما نشأ الرهن التأميني وكثر وقوعه

---

(١) ذكر رقم هذه المادة خطأ في طبعة دار الفرجاني: ٥٥٩ والمثبت هو الصحيح.

(٢) تستفاد من أول كتاب الرهن من الدر ص: ٣٠٧، ومن رد المحتار: ٣٠٨.

« ولمزيد من التفصيلات حول مفهوم الرهن ينظر حاشية الطحطاوي: ٤/ ٢٣٤، تبيين الحقائق: ٦/ ٦٢، والمادة (٧٠١) من مجلة الأحكام العدلية، الموسوعة الفقهية: ٢٣/ ١٧٥، مصادر الحق في الفقه الإسلامي للدكتور عبد الرزاق السنهوري: ١/ ٣٥.

في الحياة الحديثة في ظروف كثافة التعامل في الديون وضخامة مقاديرها، مما يستلزم كبر قيمة المرهون الذي يغلب أن يكون من العقارات، وتيسير تسجيل الرهون عليها في ظروف تنظيم الشهر العقاري الذي أخذت به الدول الحديثة، إدراكًا لأهمية الثروة العقارية وتيسير التعامل عليها.

ولذا فإن التعامل بالرهن الرسمي أو التأميني إنما هو في الصفقات الكبيرة الأكثر أهمية في العمل الاقتصادي على حين سيأخذ الرهن الحيازي دورًا أقل أهمية في الواقع العملي، ويرى بعض الفقهاء المحدثين: أن الرهن في الفقه الإسلامي هو أقرب إلى التصرف الائتماني منه إلى الرهن الحيازي كما نظمه القانون الوضعي، ويستدل لذلك بأن العين المرهونة إذا هلكت في يد المرتهن دون تقصير منه فإنها تهلك بالأقل من قيمتها وقت القبض، ومن الدين.

ومعنى ذلك أن العين تهلك على الدائن، كما لو كانت ملكًا له، وذلك في حدود ما يكون له من دين، كما أن للمرتهن أن يبيع المرهون، ويكون بيعه موقوفًا على إذن الراهن، وفي الوقت نفسه فإن توثيق الرهن مندوب إليه، وكذا فإن دور العدل في حيازة الرهن بالنيابة عن الدائن والمدين مما يجعل دوره قريبًا من الدور الذي يقوم به سلطات الشهر العقاري في منع التداول على العقار المرهون، ومهما يكن أمر ذلك فإن مادة مرشد الحيران المذكورة تعرف ما يطلق عليه في القوانين المدنية العربية الحديثة الرهن الحيازي.

***

(مادة ٩٥٤): يشترط في المرهون أن يكون مالًا موجودًا متقومًا مقدور التسليم محوزًا، لا متفرقًا مفرغًا، لا مشغولًا بحق الراهن مميزًا، لا مشاعًا ولا متصلًا بغيره[١].

يشترط في الشيء المرهون أن يكون مالًا، فلا يصح رهن ما ليس بمال كالميتة والدم؛ لانعدام المالية فيهما، فلا يصح رهنها، وكذا صيد الحرم والمحرم؛ لأنه ميتة، ويشترط كذلك أن يكون الشيء المرهون موجودًا وقت العقد مقدور التسليم، فلا يجوز رهن ما ليس بموجود، ولا يجوز كذلك رهن ما يحتمل الوجود والعدم، كما إذا رهن ما يثمر نخيله العام

(١) يستفاد من الفصل الأول في تفسير الرهن وركنه وشرائطه... إلخ، من كتاب الرهن من الهندية ص: ٤٣٢، ٤٣٣.
وجاء في بدائع الصنائع ٦/ ٢٠٤: « وأما الذي يرجع إلى المرهون فأنواع: منها: أن يكون محلًّا قابلًا للبيع، وهو أن يكون موجودًا وقت العقد مالًا مطلقًا مملوكًا معلومًا مقدور التسليم ونحو ذلك، فلا يجوز رهن ما ليس بموجود عند العقد، ولا رهن ما يحتمل الوجود والعدم، كما إذا رهن ما يثمر نخيله العام، أو ما تلد أغنامه السنة، أو ما في بطن هذه الجارية ونحو ذلك »، وعلى هذا نصت المادة (٧٠٩) من مجلة الأحكام العدلية.

أو ما تلد أغنامه في هذه السنة؛ لأنها غير موجودة وقت العقد.

ويشترط أيضًا أن يكون متقومًا فلا رهن للخمر والخنزير عندنا، سواء كان الطرفان مسلمين أو أحدهما مسلم؛ لانعدام مالية الخمر والخنزير في حق المسلمين، وهذا لأن الرهن إيفاء الدين، والارتهان استيفاؤه، ولا يجوز للمسلم إيفاء الدين من الخمر أو استيفاؤه، إلا أن الراهن إذا كان ذميًّا كانت الخمر مضمونة على المسلم المرتهن؛ لأن الرهن إذا لم يصح كانت الخمر بمنزلة المغصوب في يد المسلم، وخمر الذمي مضمون على المسلم بالغصب، وإذا كان الراهن مسلمًا والمرتهن ذميًّا لا تكون مضمونة على أحد.

وأما في حق أهل الذمة فيجوز رهن الخمر والخنزير وارتهانهما منهم؛ لأن ذلك مال متقوم في حقهم.

ويشترط في المرهون أيضًا أن يكون مملوكًا، ولكن لا يشترط أن يكون مملوكًا للراهن، حتى يجوز رهن مال الصبي بغير إذنه بولاية شرعية كالأب والوصي؛ لأن الرهن في معنى الإيداع و المبادلة، والأب يلي كل واحد منهما في مال الصغير فإنه يبيع مال الصغير بدين نفسه ويودع مال الصغير.

وكذلك يجوز رهن مال الغير بإذنه؛ كما لو استعار من إنسان شيئًا ليرهنه بدين على المستعير، ثم إذا أذن المالك بالرهن فلا يخلو أن يكون مطلقًا أو مقيدًا، فإن كان مطلقًا فللمستعير أن يرهنه بالقليل والكثير، وبأي جنس شاء، وفي أي مكان كان، ومن أي إنسان أراد، ولأن العمل بإطلاق اللفظ أصل، وإن كان مقيدًا بأن سمى قدرًا أو جنسًا أو مكانًا أو إنسانًا يتقيد به، حتى لو أذن له أن يرهنه بعشرة لم يجز له أن يرهنه بأكثر منها ولا بأقل؛ لأن المتصرف بإذن يتقيد تصرفه بقدر الإذن، والإذن لم يتناول الزيادة فلم يكن له أن يرهنه بالأكثر ولا بالأقل أيضًا، ولأن المرهون مضمون والمالك إنما جعله مضمونًا بالقدر، وقد يكون له في ذلك غرض صحيح فكان التقييد به مقيدًا.

وكذلك لو أذن له أن يرهنه بجنس لم يجز له أن يرهنه بجنس آخر؛ لأن قضاء الدين من بعض الأجناس قد يكون أيسر من بعض، فكان التقيد بالجنس مفيدًا، وكذا إذا أذن له أن يرهنه بالكوفة لم يجز له أن يرهنه بالبصرة؛ لأن التقيد بمكان دون مكان مفيد فيتقيد بالمكان المذكور.

وكذا إذا أذن له أن يرهنه من إنسان بعينه لم يجز له أن يرهنه من غيره؛ لأن الناس متفاوتون في المعاملات، فكان التعيين مفيدًا.

فإن خالف في شيء مما ذكرنا فهو ضامن بقيمته إذا هلك؛ لأنه تصرف في ملك الغير بغير إذنه فصار غاصبًا، وللمالك أن يأخذ الرهن من يد المرتهن؛ لأن الرهن لم يصح فبقي المرهون في يده بمنزلة المغصوب، فكان له أن يأخذه منه، وليس لهذا المستعير أن ينتفع بالمرهون قبل الرهن ولا بعد الانفكاك، فإن فعل ضمن؛ لأنه لم يأذن له إلا بالرهن، فإن انتفع به قبل أن يرهنه ثم رهنه بمثل قيمته برئ من الضمان حين رهن ؛ لأنه لما انتفع به فقد خالف، ثم لما رهنه فقد عاد إلى الوفاق فبرأ عن الضمان.

وعليه.. فلا رهن للمباحات من الصيد والحطب والحشيش ونحوها؛ لأنها ليست بمملوكة في أنفسها.

ويشترط في الرهن طبقًا لما ورد في تعريفه أن يكون مقبوضًا، وقد اختلف العلماء في هذا الشرط، فالجمهور على أنه شرط، ومنهم من ذهب إلى أنه ركن، ومنهم من قال: بأنه ليس بركن ولا شرط، والصحيح قول الجمهور؛ لقوله تعالى: ﴿ فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٌ ﴾ [البقرة: ٢٨٣] وصف ﷻ الرهن بكونه مقبوضًا فلزم أن يكون القبض فيه شرطًا صيانة لخبره تعالى عن الخلف.

ولو تعاقدا على أن يكون الرهن في يد صاحبه لا يجوز الرهن، حتى لو هلك في يده لا يسقط الدين، ولو أراد المرتهن أن يقبضه من يده ليحبسه رهنًا ليس له ذلك؛ لأن هذا شرط فاسد أدخلاه في الرهن فلم يصح، ولو تعاقدا على أن يكون في يد العدل وقبضه العدل جاز ويكون قبضه كقبض المرتهن، وهذا قول عامة العلماء؛ لقوله تعالى: ﴿ فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٌ ﴾، من غير فصل بين قبض المرتهن والعدل، ولأن قبض العدل برضا المرتهن قبض المرتهن معنى، ولو قبضه العدل ثم تراضيا على أن يكون الرهن في يد عدل آخر ووضعاه في يده جاز؛ لأنه لما جاز وضعه في يد الأول بتراضيهما، فيجوز وضعه في يد الثاني بتراضيهما، وكذا إذا قبضه العدل ثم تراضيا على أن يكون في يد المرتهن ووضعاه في يده؛ لأنه جاز وضعه في يده في الابتداء فكذا في الانتهاء[١].

وكذا إذا قبضه المرتهن أو العدل ثم تراضيا على أن يكون في يد الراهن ووضعه في يده جاز؛ لأن القبض الصحيح للعقد قد وجد، وقد خرج الرهن من يده فبعد ذلك يده ويد الأجنبي سواء.

ولو رهن رهنًا وسلط عدلًا على بيعه عند المحل فلم يقبض حتى حلَّ الأجل فالرهن

(١) بدائع الصنائع: ٦/ ٢٠٤.

باطل؛ لأن صحته بالقبض، والبيع صحيح لأن صحة التوكيل لا تقف صحته على القبض فصح البيع، وإن لم يصح الرهن، وكذلك لو رهن مشاعًا وسلطه على بيعه فالرهن باطل، والوكالة صحيحة؛ لما ذكرنا، ولو جعل عدلًا في الإمساك وعدلًا آخر في البيع جاز؛ لأن كل واحد منهما أمر مقصود، فيصح إفراده بالتوكيل.

ويشترط في صحة القبض عدة شروط منها: أن يكون بإذن الراهن، ومنها: أن يكون المرهون مفرزًا مقسومًا وغير مشاع، فلا يصح قبض المشاع بخلاف الشافعي فالحيازة ليست بشرط، وقبض المشاع عنده صحيح.

ومنها: أن يكون الشيء المرهون غير مشغول بحق الراهن بل فارغًا من ذلك.

ومنها: أن يكون منفصلًا متميزًا عما ليس بمرهون، فإذا لم يكن متميزًا بل متصلًا لم يصح قبضه؛ لأن قبض المرهون وحده غير ممكن، والمتصل به غير مرهون فأشبه رهن المشاع.

ومنها: الأهلية في القبض.

والرهن بهذه الصفات ليس بلازم عند العقد بل عند القبض، فلو اتصل أو اشتغل بغيره كان فاسدًا، وكذا لو كان شائعًا، وعند بعضهم: يكون باطلًا، وهو اختيار الكرخي، فلو ارتفع الفساد عند القبض صار صحيحًا لازمًا[1].

ويتم قبض الرهن بكونه محوزًا مفرغًا مميزًا، وتعتبر التخلية قبضًا.

وفكرة قبض الرهن وغل يد الراهن عنه هي التي تباعد بين الرهن الرسمي التأميني والرهن الحيازي، ويجري التباعد بينهما بقدر الإصرار على القبض واعتباره ركنًا أو شرطًا، غير أن قبول قبض العدل للرهن يمثل البداية للخروج من دائرة الرهن الحيازي، والانطلاق إلى التركيز على الهدف من هذا العقد ومقصوده وهو التوثق بالدين وتقييد سلطة الراهن على المرهون لتفريغه لحق المرتهن وشغله بدينه، وضمان الوفاء به، وهو ما يلتقي عليه في النهاية كل من الرهن الرسمي والحيازي اللذين يؤكدان أهمية الائتمان في المعاملات.

وقد جاءت المادة (١٣٧٥) مدني أردني باشتراط القبض في الرهن الحيازي، ونصها: « يشترط لتمام الرهن الحيازى ولزومه أن يقبضه الدائن أو العدل، وللراهن أن يرجع عن الرهن قبل التسليم ».

***

(١) الدر المختار: ٦/ ٤٧٩، والمادة (٥١٤) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان.

❁ **(مادة ٩٥٥): يشترط في مقابل الرهن أن يكون دينًا ثابتًا في الذمة أو موعودًا به أو عينًا من الأعيان المضمونة[١]، فلا يصح الرهن بالأمانات[٢].**

يشترط في مقابل الرهن أن يكون مالًا، وأن يكون مضمونًا؛ لأن فائدة الرهن استيفاء الدين الواجب الوفاء، سواء وجب بالإتلاف لمال الغير أو غصبه أو كان ثمن مبيع أو نحو ذلك؛ لأن هذه ديون واجبة كلها على اختلاف أسباب وجوبها، فكان الرهن بها رهنًا بمضمون فيصح، وسواء كان مما يحتمل الاستبدال قبل القبض أو لا يحتمله، كرأس مال السلم وبدل الصرف والمسلم فيه.

وكذلك يشترط في مقابل الرهن أن يكون محتملًا للاستيفاء من الرهن، فإن لم يحتمل لم يصح الرهن به، لأن الارتهان استيفاء.

وعلى هذا يخرج الرهن بالقصاص في النفس وما دونها أنه لا يجوز لتعذر استيفائه من المرهون، بخلاف الجناية خطأً، وبخلاف الدية وجراحه التي لا يستطاع فيها القصاص، ويقضى بأرشها، فلو أخذ به رهنًا جاز؛ لأن استيفاءه من الرهن ممكن فصحَّ الرهن به.

وعلى هذا الشرط أيضًا يخرج عدم صحة الرهن بالشفعة؛ لأن حق الشفعة لا يحتمل الاستيفاء من الرهن، فلا يجوز أخذ الرهن من المشتري الذي وجب عليه تسليم المبيع من أجل الشفعة؛ لأن المبيع غير مضمون[٣]، وقد جاء في المادة (٥٣٥) من تقنين الشريعة على مذهب أبي حنيفة أنه: « ولا يصح الرهن بالأمانات وبالدَّرَكِ وبالمبيع في يد البائع ».

وتتفق هذه المادة مع ما ورد في المادة (١٠٤٣) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[٤]، نصها: « يجوز أن يترتب الرهن ضمانًا لدين معلق على شرط أو دين مستقبل أو دين احتمالي، فيجوز أن يرتب ضمانًا لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين »[٥].

---

(١) هذه المادة تتفق مع المادة (١٠٤٣) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٢) يستفاد حكمها من أوسط باب ما يجوز ارتهانه وما لا يجوز من الدر ورد المحتار: ٦/ ٤٧٩، وجاء في حاشية الطحطاوي ٤/ ٢٤٠: « فلا يصح الرهن بالأمانات؛ لأنها ليست مضمونة، ولا يمكن استيفاؤها من الرهن لتعينها حال بقائها، وعدم وجوب الضمان بعد هلاكها »، وانظر في ذلك حاشية ابن عابدين: ٥/ ٤٩٢.

(٣) الدر المختار: ٦/ ٤٩٣.

(٤) المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة (١٠٤٣) ص: ٤٢٠.

(٥) هذه المادة تطابق المادة (١٠٤٠) من مشروع القانون المدني المصري، فيما عدا استبدال كلمة « فيجوز » في بداية الشطر الأخير منها بعبارة « كما يجوز »؛ لأن الحالات المذكورة في هذا الشطر تطبيق للقاعدة الواردة في الشطر الأول، والمادة (١٢٩٣) من التقنين العراقي، والمادة (٩٨١) من التقنين الكويتي، والمادة (١٣٣٢) من التقنين الأردني.

وقد جاء هذا أيضًا في المادة (١٣٧٤) مدني أردني، ونصها: « يشترط في مقابل الرهن الحيازي أن يكون دينًا ثابتًا مثبوتًا صحيحًا في الذمة، أو موعودًا به محددًا عند الرهن ».

***

(مادة ٩٥٦): يشترط لتمام الرهن ولزومه على الراهن أن يقبضه المرتهن[1] قبضًا تامًّا[2]، وللراهن قبل تسليم الرهن للمرتهن أن يرجع فيه ويتصرف في العين المرهونة[3].

هذه المادة اشتراط القبض في الرهن لتمام العقد ولزومه، وليس باعتباره من شروط الصحة؛ لأن القبض في الرهن شرط لزوم لا شرط صحة، وقد قال القدوري: ويتم بالقبض فيكون الرهن قبل القبض جائزًا صحيحًا،وبه يلزم، وقد اعتبره البعض من شروط الصحة، قال محمد: لا يجوز الرهن إلا مقبوضًا، وقال الحاكم في الكافي: لا يجوز الرهن غير مقبوض، وقال الطحطاوي في مختصره: ولا يجوز إلا مقبوضًا مفرغًا محظورًا، وقال الكرخي في مختصره: قال أبو حنيفة وزفر وأبو يوسف ومحمد والحسن بن زياد: لا يجوز الرهن إلا مقبوضًا[4].

أما الإمام مالك فمذهبه أن القبض ليس بركن ولا شرط، ولو تعاقدا على أن يكون القبض إلى العدل جاز، ويكون قبض العدل كقبض المرتهن، ولو قبضه العدل ثم تراضيا على أن يكون الرهن في يد عادل آخر ووضعاه في يده جاز، وكذا إذا قبضه العدل ثم تراضيا على أن يكون في يد المرتهن، ووضعاه في يده جاز وضعه في يده في الاستيراد وكذا في الانتهاء.

وكذا إذا قبضه المرتهن أو العدل ثم تراضيا على أن يكون في يد الراهن ووضعه في يده جاز؛ لأن القبض الصحيح للعقد قد وجد وقد خرج الرهن من يده، فبعد ذلك يده ويد الأجنبي سواء.

ولو رهن رهنًا وسلط عدلًا على بيعه عند المحل فلم يقبض حتى حل الأجل فالرهن باطل؛ لأن صحته بالقبض، والبيع صحيح؛ لأن صحة التوكيل لا تقف صحته على القبض

---

(١) هذه المادة تتفق مع المادة (١٠٨٧) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٢) جاء في مجمع الأنهر ٢/ ٥٨٤، ٥٨٥ : « أما القبض فشرط للزوم»، وفي « الذخيرة »: قال محمد: لا يجوز الرهن إلا مقبوضًا، فقد أشار إلى أن القبض شرط الجواز، وقال شيخ الإسلام: إنه شرط اللزوم وبه قال أكثر العلماء، والأول أصح، وجاء في المادة (٧٠٦) من مجلة الأحكام العدلية: « ينعقد الرهن بإيجاب وقبول من الراهن والمرتهن، ولكنه لا يتم ولا يلزم إلا بالقبض، فللراهن أن يرجع عن الرهن قبل التسليم ».

وانظر في ذلك حاشية ابن عابدين: ٦/ ٤٧٩، بدائع الصنائع: ٦/ ٢٠٨.

(٣) يستفاد حكم فقرتيها من أوائل كتاب الرهن من الدر ص: ٣٠٨.

(٤) فتح القدير: ١٠/ ١٣٥.

فصح البيع وإن لم يصح الرهن، وكذلك لو رهن مشاعًا وسلطه على بيعه فالرهن باطل والوكالة صحيحة لما ذكرنا، ولو جعل عدلًا في الإمساك وعدلًا آخر في البيع جاز؛ لأن كلًّا منهما أمر مقصود فيصح إفراده بالتوكيل.

وأما تفسير القبض: فهو عبارة عن التخلي وهو التمكن من المقبوض؛ وذلك بارتفاع الموانع، وأنه يحصل بتخلية الراهن بين المرهون والمرتهن، فإذا حصل ذلك صار الراهن مسلمًا والمرتهن قابضًا، أو الاكتفاء بالتخلية هو ظاهر الرواية؛ لأنه قبض بحكم عقد مشروع فأشبه قبض المبيع، وعن أبي يوسف: أنه لا يكون المنقول إلا بالنقل والتحويل؛ وذلك لأن مطلق القبض ينصرف إلى القبض الحقيقي، ولا يتحقق ذلك إلا بالنقل، فأما التخلي فقبض حكمًا لا حقيقة، فلا يكتفي به، وجه ظاهر الرواية أن التخلي بدون النقل والتحويل قبض في العرف والشرع، أما العرف فإن القبض يرد على ما لا يحتمل النقل والتحويل من الدار والعقار، يقال: هذه الأرض أو هذه القرية أو هذه الولاية في يد فلان فلا يفهم منه إلا التخلي، وهو التمكن من التصرف، وأما الشرع فإن التخلي في باب البيع قبض بالإجماع من غير نقل وتحويل، فدل على التخلي بدون النقل، والتحويل قبض حقيقة وحكمًا فيكتفي به[1].

ويتم القبض إما بطريق الأصالة، وهو أن يقبض الإنسان بنفسه لنفسه، وإما عن طريق النيابة، وهو نوعان: نوع يرجع إلى القابض مثل قبض الأب والوصي عن الصبي، وكذا قبض العبد يقوم مقام قبض المرتهن، حتى لو هلك في يده كان الهلاك على المرتهن؛ لأن نفس القبض مما يحتمل النيابة، ولأن قبض الرهن قبض استيفاء الدين، واستيفاء الدين مما يحتمل النيابة.

وأما الذي يرجع إلى نفس القبض، فهو أن المرهون إذا كان مقبوضًا عند العقد فهل ينوب ذلك عن قبض الرهن؟ فالأصل فيه أن القبضين إذا تجانسا ناب أحدهما عن الآخر، وإذا اختلفا ناب الأعلى عن الأدنى.

يشترط لتمام الرهن ولزومه دوام القبض عندنا، وإذا انعقد الرهن بالإيجاب والقبول فإن للراهن تسليمه والرجوع عنه متى شاء، ما لم يقبضه المرتهن[2]، وفي المادة (٥١٣) من مشروع تقنين الشريعة على مذهب أبي حنيفة أنه : « ينعقد الرهن بالإيجاب والقبول ولا يلزم إلا بالقبض ».

ويتفق ذلك مع ما ورد في المادة (١٠٨٧) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام

---

(١) بدائع الصنائع: ٦/ ١٣٨.

(٢) الفتاوى الهندية: ٥/ ٤٣٣.

الشريعة الإسلامية[1]، ونصها:

« حق الرهن الحيازي حق عيني يتقرر للدائن بمقتضى عقد على منقول مخصص لوفاء دينه، يسلم إليه أو إلى عدل يعيِّنه المتعاقدان، فيكون له بمقتضاه أن يحبس المنقول لحين استيفاء الدين، وأن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في استيفاء دينه من المقابل النقدي لذلك المنقول في أي يد يكون »، وهو ما جاء كذلك في المادة (١٠٩٦) مدني مصري، ونصها:

« الرهن الحيازي عقد به يلتزم شخص، ضمانًا لدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان شيئًا يرتب عليه للدائن حقًّا عينيًّا يخوله حبس الشيء لحين استيفاء الدين، وأن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن هذه الشيء في أي يد يكون ».

ويؤخذ من هذا النص أن الرهن الحيازي يطلق على العقد الذي يترتب به للدائن حق عيني على شيء مخصص لوفاء دينه، ويطلق أيضًا على هذا الحق العيني الذي ترتب للدائن ضمانًا لوفاء دينه، وهو ما جاء في المواد (١٣٢١، ١٣٢٣) من التقنين العراقي، والمواد (١٣٧٢، ١٣٧٥، ١٣٧٦، ١٣٧٨) من التقنين الأردني، والمادة (١٠٢٧) من التقنين الكويتي.

وفي الفقه الإسلامي جاءت المادة (١٦٧) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام الشافعي بأن: « الرهن جعل عين مالية من الراهن وثيقة بدين يُستوفَى منها عند تعذر وفاء الراهن » الجلال المحلي: ٢/ ٢٦١، نهاية المحتاج: ٤/ ٢٢٩، مغني المحتاج : ٢/ ١١٤.

وعرفته المادة (١٢٤) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك بأن: « الرهن شيء متمول يؤخذ للتوثق به في دين ثابت في ذمة الراهن عند عقد الرهن أو يتوقع ثبوته فيها » الشرح الصغير وحاشيته: ٢/ ١٢٠، ١٢٣.

وعرفته المادة (١٦٧) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أحمد ابن حنبل بأن: « الرهن توثق دين بعين يمكن استيفاؤه أو بعضه منها أو من ثمنها ».

وقد أجمعوا على جوازه لقوله تعالى: ﴿ وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾ [البقرة: ٢٨٣]، وحديث عائشة أن رسول اللَّه ﷺ اشترى من يهودي طعامًا ورهن درعه،

---

(١) المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة (١٠٨٧) ص : ٤٣٤.

والرهن الحيازي في القوانين العربية عقد رضائي، يكون التسليم فيه التزامًا يقع على عاتق الراهن، ولا تجب فيه حيازة الدائن للشيء المرهون إلا لكي يكون الرهن نافذًا في حق الغير، ويتفق هذا مع المذهب المالكي، فقد نصت المادة (١٢٥) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك على أنه: « يلزم عقد الرهن بمجرد الإيجاب والقبول، ويجب على الراهن تسليم الرهن للمرتهن إذا طلبه منه، ويختص المرتهن به دون غيره من غرماء الراهن بحيازته له قبل أن يحصل للراهن مانع من موانع التصرف المالي، أما قبل حيازته للرهن، فيكون كواحد منهم في المحاصة فيه بدينه»، وجاء في إيضاح هذه المادة: أنه «قد علم من النص أن حيازة الرهن بالفعل عند العقد ليست شرطًا في صحته ولا في لزومه، وإنما هي شرط في اختصاص المرتهن بالرهن دون غيره من غرماء الراهن ».

أما في المذاهب الأخرى: فعقد الرهن لا يلزم إلا بالقبض، ويكون للراهن الرجوع فيه قبل القبض، ونصت المادة (١٧٥) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام الشافعي على أنه: « لا يلزم الرهن إلا بتقابض صحيح » الجلال المحلي: ٢/ ٢٦٨، مغني المحتاج: ٢/ ١٢٠ و١٢١، نهاية المحتاج: ٤/ ٢٤٨ و٢٤٩، ونصت المادة (١٧٢) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل على أنه: « يلزم الرهن في حق الراهن وحده بقبض المرتهن له بإذن الراهن ».

وقد جاء في بداية المجتهد ٢/ ٢٣٠: شروط الصحة في الرهن شرطان: أحدهما: متفق عليه بالجملة ويختلف في الجهة التي هو بها شرط وهو القبض، والثاني: مختلف في اشتراطه، فأما القبض فاتفقوا بالجملة على أنه شرط في الرهن؛ لقوله تعالى: ﴿ فَرِهَٰنٞ مَّقۡبُوضَةٞ ﴾. واختلفوا هل هو شرط تمام أو شرط صحة، وفائدة الفرق أن من قال: شرط صحة قال: ما لم يقع القبض لم يلزم الرهن الراهن، ومن قال: شرط تمام قال: يلزم بالعقد ويجبر الراهن على الإقباض إلا أن يتراخى المرتهن عن المطالبة حتى يفلس الراهن أو يمرض أو يموت، فذهب مالك إلى أنه من شروط التمام، وذهب أبو حنيفة والشافعي وأهل الظاهر إلى أنه من شروط الصحة، وعمدة مالك قياس الرهن على سائر العقود اللازمة بالقول، وعمدة الغير قوله تعالى: ﴿ فَرِهَٰنٞ مَّقۡبُوضَةٞ ﴾ .

وجاء في البدائع: ٨/ ٢٧٢١، مطبعة الإمام بالقلعة: ولو تعاقدا على أن يكون الرهن في يد صاحبه لا يجوز الرهن، حتى لو هلك في يده لا يسقط الدين. وجاء في المهذب ١/ ٣٠٥: فأما من جهة الراهن فلا يلزم إلا بقبض، والدليل عليه قوله ﷻ: ﴿ فَرِهَٰنٞ مَّقۡبُوضَةٞ ﴾ .

***

❁ **(مادة ٩٥٧): يجوز للراهن والمرتهن أن يشترطا في العقد وضع الرهن عند عدل، وأن يتفقا على ذلك بعد العقد، فإن رضي العدل صارت يده كيد المرتهن ويتم الرهن بقبضه ويلزم الراهن**[1].

للراهن والمرتهن الاتفاق على وضع الرهن في يد عدل لتحقيق الفائدة المقصودة من الرهن، وهو توثيق الدين بتقديم المرتهن في المرهون على سائر الدائنين، وإعلان الغير بالدين، ومنع الراهن من التصرف في المرهون، وتتحد سلطة العدل في إطار المقصود، وهو الحفظ للرهن ومنع الراهن من التصرف في المرهون، وعدم تسلميه لأحدهما إلا برضا الآخر.

ويد العدل في التوثق والاستيفاء كيد المرتهن، والمكفول عنه لا يصلح عدلًا في رهن الكفيل، وكذا الكفيل لا يصلح عدلًا في رهن المكفول عنه؛ لأن كل واحد منهما لا يصلح وكيلًا في استيفاء الدين من صاحبه؛ لأنه يعمل لنفسه، أما المكفول عنه فيفرغ ذمته عن الدين، وأما الكفيل فبتخليص نفسه عن الكفالة بالدين، وأحد شريكي المفاوضة لا يصلح عدلًا في رهن صاحبه بدين التجارة؛ لأن يد كل واحد منهما يد صاحبه، فكان ما في يد كل واحد منهما كأنه في يد صاحبه، فلم يتحقق خروج الرهن من يد الراهن وهو شرط صحة الرهن.

وكذا أحد شريكي العنان في التجارة لا يصلح عدلًا في رهن صاحبه بدين التجارة لما قلنا، ورب المال لا يصلح عدلًا في رهن المضارب، ولا المضارب في رهن رب المال حتى لو رهن المضارب شيئًا من مال المضاربة بدين في المضاربة على أن يضعه على يد رب المال، أو رهن رب المال على أن يضعه في يد المضارب لا يجوز؛ لأن يد المضارب يد لرب المال، وعمل رب المال كعمل المضارب، فلم يتحقق خروج الرهن من يد الراهن فلم يجز الرهن.

والأب لا يصلح عدلًا في رهنه بثمن ما اشترى للصغير، بأن اشترى الأب للصغير شيئًا ورهن ثمن ما اشترى له على أن يضعه في يد نفسه فالشراء جائز والرهن باطل؛ لأنه لما شرط أن يضعه في يد نفسه فقد شرط أن لا يخرج الراهن من يد الراهن، وهو شرط فاسد فيفسد الرهن.

---

(١) يستفاد حكمها من أول الباب الثاني في الرهن بشرط أن يوضع على يدي عدل، من الهندية ص: ٤٣٩، ومن الدر من أول باب الرهن يوضع على يد عدل: ٥/ ٣١٨.

وجاء في مجمع الأنهر ٢/ ٦٠٠: « ولو اتفقا أي الراهن والمرتهن على وضع الرهن عند عدل صح وضعهما، ويتم الرهن بقبض العدل، هذا عندنا، وقال زفر: لا يصح؛ لأن العدل يملكه عند الضمان بعد الاستحقاق فينعدم القبض، وبه قال ابن أبي ليلى، قلنا: يده يد المرتهن فيصح، والمضمون هو المالية فينزل منزلة شخصين » وانظر الدر المختار: ٦/ ٥٠٣، ومجمع الضمانات: ١/ ٢٨٠.

ولا يصلح الراهن عدلًا في الرهن، حتى لو شرط عند الرهن أن يكون في يده فسد العقد؛ لأن قبض المرتهن شرط صحة العقد، ولا يتحقق القبض إلا بخروج الرهن في يد الراهن فكان شرط كونه في يده شرطًا فاسدًا فيفسد الرهن، وإن كان قبضه المرتهن ثم وضعه على يده جاز بيعه؛ لأن العقد قد صح بالقبض والبيع تصرف من الراهن في ملكه، فكان الأصل فيه هو النفاذ، والتوقف كان لحق المرتهن، فإذا رضي به فقد زال المانع فينفذ[1].

فإذا عرفنا من يصلح أن يكون عدلًا في الرهن وما لا يصلح جاز اشتراط الراهن والمرتهن وضع الرهن عند عدل، وتصير يد العدل كيد المرتهن، فيصح الرهن ويتم ويلزم بقبض العدل؛ لأن يده في حق المالية يد المرتهن، ولذا لو هلك كان في ضمان المرتهن ويده يد المالك في الحفظ؛ إذ العين أمانة، وليس للمرتهن ولا للراهن أن يأخذه منه لتعلق حق الراهن في الحفظ بيده وأمانته، وتعلق حق المرتهن به استيفاء، فلا يملك أحدهما إبطال حق الآخر.

ولو دفع العدل الرهن إلى الراهن أو المرتهن ضمن؛ لأن مودع الراهن في حق العين ومودع المرتهن في حق المالية وأحدهما أجنبي عن الآخر والمودع يضمن بالدفع إلى الأجنبي[2]، وهذا ما جاء في القوانين المدنية العربية، ففي المادة (١٣٧٦) مدني أردني أن: « للراهن والمرتهن أن يتفقا على وضع المرهون حيازيًا في يد عدل، وتصبح يد العدل كيد المرتهن، ويتم الرهن بقبضه »، وفي المادة (١٣٧٧) أنه:

١ - « لا يجوز للعدل أن يسلم المرهون للراهن أو المرتهن دون رضا الآخر، ما دام الدين قائمًا، وله أن يسترده إذا كان قد سلمه.

٢ - وإذا تلف المرهون قبل الاسترداد ضمن العدل قيمته ».

***

❁ (مادة ٩٥٨)[3]: لا يصح اشتراط تمليك العين المرهونة للمرتهن في مقابلة دينه إن لم يؤده الراهن في الأجل المعين لأدائه، بل يصح الرهن ويبطل الشرط[4]، ويصح توكيل الراهن المرتهن ببيع الرهن عند حلول الأجل لاستيفاء دينه من ثمنه، وكذا يصح توكيل الراهن العدل أو غيره بالبيع لإيفاء الدين[5].

---

(١) بدائع الصنائع: ٦/ ١٤٩.

(٢) العناية شرح الهداية: ١٠/ ١٧٤، وبدائع الصنائع: ٦/ ١٣٦.

(٣) ذكر رقم هذه المادة خطأ في طبعة دار الفرجاني: ٨٥٨ والمثبت هو الصحيح.

(٤) هذه المادة تتفق مع المادة (١٠٥٥) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٥) يستفاد حكم الفقرة الأولى من أواخر كتاب الرهن من تنقيح الحامدية ص: ٢٨٦، وحكم الفقرة الثانية من أوائل =

تتناول هذه المادة أمرًا على قدرٍ من الأهمية، وهو بطلان اشتراط تمليك المرهون للمرتهن عند عجزه عن الوفاء بدينه، لما يؤدي إليه ذلك من استغلال الدائن المدين؛ حيث يتطلع عند الرهن إلى إرضاء الدائن ليوافق على إقراضه أو البيع له، مطمئنًا إلى أن المستقبل قد يحمل مفاجآت تيسر له الوفاء بالدين وأخذ رهنه، فلا يمانع لهذا في الموافقة على اشتراط المرتهن نقل ملكية الرهن للمرتهن، حتى ولو كانت قيمة الرهن أعلى كثيرًا من قيمة الرهن، وللعدل أن يُمكن المرتهن من بيع الرهن ليأخذ قدر دينه، ويرد ما بقي من ثمن بيعه إلى الراهن، ويصح توكيل الراهن المرتهن في ذلك ليضمن حقه العادل، أو الاتفاق على توكيل عدل يقوم بالبيع نيابة عنهما، ويعطى ما لكل من الطرفين من حقوق.

ولذا فإنه لو قال الراهن للمرتهن: إن جئتك بحقك إلى وقت كذا وإلا فهو لك بدينك أو بَيْعُ بحقك لم يجز، وهو رهن على حاله؛ لأن هذا تعليق التمليك بالشرط وأنه لا يتعلق بالشرط، كما أنه يشترط في الرهن ألا يكون معلقًا على شرط ولا مؤجلًا بوقت، وذلك لقوله ﷺ: « **لا يغلق الرهن من صاحبه** »[1] فلا يملكه المرتهن، كما أنه ليس للمرتهن أن يبيع الرهن بغير إذن الراهن؛ لأن الثابت له هو ملك الحبس، فأما ملك العين فللراهن، والبيع تملك العين فلا يملكه المرتهن من غير إذن الراهن، ولو باع من غير إذنه وقف على إجازته فإن أجازه جاز وكان الثمن رهنًا.

وكذا إذا باع بإذنه جاز، وكان ثمنه رهنًا، سواء قبضه المشتري أو لم يقبضه، وكما أنه ليس للراهن أن يبيعه من غير المرتهن بغير إذنه لما فيه من إبطال حقه من غير رضاه، ولو باعه توقف نفاذ البيع على إجازة المرتهن إن أجاز جاز؛ لأن عدم النفاذ لمكان حقه، فإذا رضي ببطلان حقه زال المانع، وكان الثمن رهنًا سواء شرط المرتهن عند الإجازة كونه رهنًا أو لا في جواب ظاهر الرواية.

وروي عن أبي يوسف: أنه لا يكون رهنًا إلا بالشرط؛ لأن الثمن ليس بمرهون حقيقة، بل المرهون هو المبيع وقد زال حقه عنه بالبيع، إلا أنه إذا شرط عند الإجازة أن يكون مرهونًا فلم يرض بزوال حقه عنه إلا ببدل، وإذا لم يوجد الشرط زال حقه أصلًا، ويصح بدلًا من هذا الاشتراط لتحقيق مقصود الراهن في استيفاء دينه دون الدخول في إجراءات طويلة للاتفاق

= باب الرهن على يد عدل من الدر: ٣٢٤.

وجاء في الدر المختار ٦/ ٥٠٣ : « فإن وكل الراهن المرتهن، أو وكل العدل أو غيرهما ببيعه عند حلول الأجل صح توكيله » وانظر مجمع الضمانات: ١/ ٢٨٠.

(١) سنن البيهقي الكبرى: ٦/ ٣٩ برقم (١٠٩٩٢).

على توكيل الراهن المرتهن ببيع الرهن عند حلول الأجل لاستيفاء دينه من ثمنه، لأنه توكيل بيع ماله.

وإن شرطت الوكالة في عقد الرهن فليس للراهن أن يعزل الوكيل بدون رضا المرتهن، وإن عزله لم ينعزل؛ لأنها لما شرطت في ضمن عقد الرهن صار وصفًا من أوصافه وحقًّا من حقوقه، ألا ترى أنه لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم أصله، ولأنه تعلق به حق المرتهن وفي العزل اعتداء على حقه، وصار كالوكيل بالخصومة بطلب المدعي، ولو وكله بالبيع مطلقًا حتى ملك البيع بالنقد والنسيئة ثم نهاه عن البيع نسيئة لم يعمل نهيه؛ لأنه لازم بأصله فكذا بوصفه، ومن جنس ذلك الاتفاق على توكيل الراهن العدل أو غيره في بيع الرهن لإيفاء الدين، وإذا وكل الراهن المرتهن أو العدل أو غيرهما بالبيع فإن لم يشترط عند حلول الأجل فللعدل أن يبيعه قبله[1]، وإن لم يقبض العدل الرهن حتى حل الأجل.

وتبطل الوكالة بموت العدل، ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه؛ لأن الوكالة لا تورث، ولأن الراهن رضي به ولم يرض بغيره، ويوضع الرهن في يد عدل آخر باتفاقهما؛ لأنه جاز الوضع في يد الأول في الابتداء بتراضيهما فكذا في يد الثاني، فإن اختلفا في ذلك نصب القاضي عدلًا ووضع الرهن على يده قطعًا للمنازعة، وليس للعدل الثاني أن يبيع إلا بموت الراهن؛ لأن الراهن سلط الأول لا الثاني[2].

وتتفق هذه المادة مع ما ورد في المادة (١٠٥٥) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، ونصها:

« لا يغلق الرهن فيقع باطلًا كلُّ اتفاق يجعل للدائن الحق، عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله، في أن يتملك العقار المرهون بالدين أو بأي ثمن كان، أو في أن يبيعه دون مراعاة الإجراءات التي فرضها القانون، ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن.

وهو ما عبَّرت عنه المادة (١٠٥٢) مدني مصري، ونصها:

١ - « يقع باطلًا كل اتفاق يجعل للدائن الحق، عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله، في أن يتملك العقار المرهون في نظير ثمن معلوم أيًا كان، أو في أن يبيعه دون مراعاة للإجراءات التي فرضها القانون، ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن.

٢ - ولكن يجوز، بعد حلول الدين أو قسط منه، الاتفاق على أن ينزل المدين لدائنه عن

(١) العناية شرح الهداية: ١٠/ ١٧٣، بدائع الصنائع: ٦/ ١٥١.
(٢) المرجع السابق: ٦/ ١٤٩.

العقار المرهون وفاء لدينه »، وهو ما جاء كذلك في المادة (١٣٠١) من التقنين العراقي، والمادة (٩٩٢) من التقنين الكويتي، والمادة (١٣٤٣) من التقنين الأردني.

ومصدر هذا الحكم ما روي عن النبي ﷺ من أنه قال: « **لا يغلق الرهن لصاحبه غنمه وعليه غرمه** »[١]، قد جاء في البدائع: ٨/ ٣٧٣٩، الناشر زكريا علي يوسف، مطبعة الإمام بالقلعة: ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام : « **لا يغلق الرهن** » أي لا يملك بالدين، كما قاله أهل اللغة: علق الرهن أي ملك بالدين، وهذا كان حكمًا جاهليًا فرده رسول اللّه ﷺ.

وجاء في المغني لابن قدامة: ٤/ ٤٣٠ في خصوص الشروط الفاسدة في عقد الرهن: وإن شرط أنه متى حل الحق ولم يوفني فالرهن لي بالدين أو فهو مبيع لي بالدين الذي عليك فهو شرط فاسد، روي ذلك عن ابن عمر وشريح والنخعي ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي.. والأصل في ذلك ما روى معاوية بن عبد اللّه بن جعفر قال: قال رسول اللّه ﷺ: « **لا يغلق الرهن** »[٢]ولنا أنه رهن بشرط فاسد.

***

❁ **(مادة ٩٥٩): يجوز للمديون إعطاء رهن واحد لعدة مداينين، سواء كانوا شركاء في الدين المرهون به، أو كان لكل منهم دين على الراهن، بشرط أن يرهنه عند الكل بعقد واحد بلا تفصيل، ويكون كله رهنًا عند كل منهم بدينه**[٣].

لو رهن رجل من رجلين عقارًا منقولًا كفرس بدين لهما عليه، وهما شريكان فيه أو لا شركة بينهما جاز إذا قبلا، فلو قبل أحدهما دون الآخر لا يصح، كما لو قال: رهنت النصف من ذا والنصف من ذا، وكله رهن من كل منهما أي يصير محبوسًا بدين كل واحد منهما لا أن نصفه يكون رهنًا من هذا ونصفه من ذاك.

وهذا بخلاف الهبة؛ لأن موجبها ثبوت الملك، والشيء الواحد لا يكون كله ملكًا لكل واحد من رجلين على الكمال في زمان واحد، فدخله الشيوع ضرورة، وحكم الرهن الحبس، ويجوز كون العين الواحدة محبوسة بحق كل منهما على الكمال، والرهن إن كان محبوسًا بكل واحد من الدينين لكنه لا يكون مضمونًا إلا بحصته، حتى لو هلك تنقسم قيمته على

---

(١) سنن البيهقي الكبرى: ٦/ ٣٩ برقم (١١٠٠١).

(٢) سنن البيهقي الكبرى: ٦/ ٣٩ برقم (١٠٩٩٢).

(٣) يستفاد حكمها من الدر ورد المحتار من أوسط باب ما يجوز ارتهانه: ٦/ ٤٩٨ حيث جاء: « رهن رجل عينًا عند رجلين بدين لكل منهما صح، وُكلّهُ رهن من كل منهما ولو غير شريكين، فإن تهايآ فكل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الآخر، هذا لو مما لا يتجزأ » انظر مجمع الأنهر: ٢/ ٥٩٨، ٥٩٩، تبيين الحقائق: ٦/ ٧٨، ٧٩.

الدينين فيسقط من كل واحد منهما بقدره؛ لأن المرتهن عند هلاك الرهن يصير مستوفيًا الدين من مالية الرهن، وليس أحدهما بأولى من الآخر فيقسم عليهما، فيسقط من كل واحد منهما بقدره.

وعلى هذا يخرج حبس المبيع فيما لو اشترى رجلان من رجل شيئًا فأدّى أحدهما حصته من الثمن لم يكن له أن يقبض شيئًا من المبيع، وكان للبائع أن يحبس كله حتى يستوفي ما على الآخر؛ لأن كل المبيع محبوس بكل الثمن، وإذا قضى الراهن دين أحدهما لم يكن له أن يقبض شيئًا من الرهن؛ لأنه رهن المرهون بدين كل واحد منهما على الكمال كأن ليس معه غيره لما ذكرنا، ولذا فإن للمرتهن أن يمسك المرهون حتى يستوفي الدين كله، وإذا قضى لأحدهما دينه لم يكن للراهن أن يأخذ نصيب ما قضى من الرهن[1].

وقد نصت المادة (٧٢٠) من المجلة العدلية على أنه: « يجوز أن يأخذ الدائنان من المديون رهنًا واحدًا، سواء كانا شريكين في الدين أولا، وهذا الرهن يكون مرهونًا في مقابلة مجموع الدينين ».

ونصت المادة (٥٤٦) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان على أنه:

أ - « يجوز رهن عين واحدة لأكثر من دائن، ويصير الرهن محبوسًا بدين كل مرتهن، فإن قضى الراهن دين أحدهم يبقى الرهن محبوسًا بدين من بقي.

ب - فإن كان الرهن مما يتجزأ حبس كل مرتهن ما يوازي نصيبه من الدين، فإن دفع أحدهم نصيبه من الرهن لآخر ضمنه ضمان غصب.

جـ - وإن كان الرهن مما لا يتجزأ تهايأ المرتهنون في الحفظ، وكان في ضمانهم كل بقدر نصيبه.

وتتفق هذه المادة مع ما جاءت به القوانين المدنية العربية؛ فقد جاء في المادة (١٣٨٤) مدني أردني أنه: « يجوز أن يكون الرهن حيازيًا ضامنًا لأكثر من دين بمرتبة واحدة، بشرط أن يتم رهنه بعقد واحد »، وهو ما جاء في الفقرة الثانية من المادة (١١٠٩) مدني مصري، والفقرة الثانية من المادة (١١٠٧) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[2]، ونصها:

---

(١) بدائع الصنائع: ٦/ ١٣٩.

(٢) المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة (١١٠٧) ص : ٤٤٣.

١ - « يجب لنفاذ الرهن في حق الغير أن يكون الشيء المرهون في يد الراهن أو العدل الذي ارتضاه المتعاقدان، وأن يدون العقد في ورقة ثابتة، ويجوز أن يكون الشيء المرهون ضامنًا لديون عدة ».

(مادة ٩٦٠): يجوز للمديون أن يستعير مال غيره ويرهنه بإذنه[١] فإن أطلق له المعير الإذن ولم يقيده بشيء جاز له أن يرهنه بأي قدر كان كثيرًا أو قليلًا، وبأي جنس أراد، وعند أي شخص، وفي أي بلد شاء[٢].

وإن قيد الإذن بقدر أو جنس أو شخص أو بلد فليس للمستعير مخالفته، إلا إذا خالف إلى خير بأن عين له المعير قدرًا أكثر من قيمة الرهن فإنه يجوز له أن يرهنه بأقل من القدر المعين، إذا لم ينقص عن قيمة الرهن[٣].

تتناول هذه المادة جواز رهن مال الغير بإذنه، كما لو استعار من إنسان شيئًا ليرهنه بدين على المستعير؛ لأن الرهن إيفاء الدين وقضاؤه والإنسان بسبيل من أن يقضي دين نفسه بمال غيره بإذنه، فإذا أذن المالك بالرهن فإذنه لا يخلو إما أن كان مطلقًا وإما أن كان مقيدًا، فإن كان مطلقًا فللمستعير أن يرهنه بالقليل والكثير، وبأي جنس شاء، وفي أي مكان كان، ومن أي إنسان أراد؛ لأن العمل بإطلاق اللفظ أصل.

وإن كان مقيدًا بأن سمى قدرًا أو جنسًا أو مكانًا أو إنسانًا يتقيد به حتى لو أذن له أن يرهنه بعشرة لم يجز له أن يرهنه بأكثر منها ولا بأقل؛ لأن المتصرف بإذن يتقيد تصرفه بقدر الإذن، والإذن لم يتناول الزيادة فلم يكن له أن يرهنه بالأكثر ولا بالأقل أيضًا؛ لأن المرهون مضمون، والمالك إنما جعله مضمونًا بقدر معين، وقد يكون له في ذلك غرض صحيح، فكان التقييد به مفيدًا.

---

(١) جاء في المادة (٧٢٦) من مجلة الأحكام العدليه على أنه: « يجوز أن يستعير واحد مال آخر ويرهنه بإذنه، ويقال لهذا: الرهن المستعار ».

(٢) جاء في الدر المختار: ٦/ ٥١٣ « وصح استعارة شيء ليرهنه فيرهن بما شاء إذا أطلق ولم يقيد بشيء »، وانظر حاشية الطحطاوي: ٤/ ٢٥٠، والمادة (٧٢٧) من مجلة الأحكام العدلية.

(٣) يستفاد حكم فقرتيها من أوائل باب التصرف في الرهن إلخ من الدر ورد المحتار: ٦/ ٥١٣ حيث جاء: « وإن قيده بقدر، أو جنس، أو مرتهن أو بلد تقيد به، فليس له أن يزيد عليه ولا ينقص، أما الزيادة فلأنه ربما احتاج إلى فكاك الرهن فيؤدي قدر الدين، وما رضي بأداء القدر الزائد، أو لأنه يتعسر عليه ذلك فيتضرر به، وأما النقصان فلأن الزائد على الدين يكون أمانة، وما رضي إلا أن يكون مضمونًا كله فكان التعيين مفيدًا، وكذلك التقييد بالحبس وبالمرتهن وبالبلد؛ لأن كل ذلك مفيد لتيسر البعض بالإضافة إلى البعض وتفاوت الأشخاص في الأمانة والحفظ ».
وجاء في الدر المختار أيضًا ٦/ ٥١٣، ١٤٥ : « فإن خالف ما قيده به المعير ضمن المعيرُ المستعير أو المرتهن لتعدي كل منهما، إلا إذا خالف إلى خير بأن عين له أكثر من قيمته فرهنه بأقل من ذلك لم يضمن؛ لمخالفته إلى خير »، وانظر المادة (٧٢٨) من مجلة الأحكام العدلية.

وإذا قبض المستعير العارية فهلك في يده قبل أن يرهنه فلا ضمان عليه؛ لأنه هلك في قبض العارية لا في قبض الرهن، وقبض العارية قبض أمانة لا قبض ضمان، وكذلك إذا هلك في يده بعد ما افتكه من يد المرتهن؛ لأنه بالافتكاك من يد المرتهن عاد عارية فكان الهلاك في قبض العارية.

ولو وكل الراهن يعني المستعير بقبض الرهن من المرتهن أحدًا فقبضه فهلك في يد القابض، فإن كان القابض في عياله لم يضمن؛ لأن يده كيده والمالك رضي بيده، وإن لم يكن في عياله ضمن؛ لأن يده ليست كيده فلم يكن المالك راضيًا بيده، وإن هلك في يد المرتهن وقد رهن على الوجه الذي أذن فيه ضمن الراهن للمعير قدر ما سقط عنه من الدين بهلاك الرهن؛ لأنه قضى دين نفسه من مال الغير بإذنه بالرهن؛ إذ الرهن قضاء الدين، ويتعذر القضاء عند الهلاك.

وكذلك لو دخله عيب فسقط بعض الدين ضمن الراهن ذلك القدر؛ لأنه قضى ذلك القدر من ديته بمال الغير، فيضمن ذلك القدر، فكان المستعير بمنزلة رجل عنده وديعة لإنسان فقضى دين نفسه بمال الوديعة بإذن صاحبها، فما قضى يكون مضمونًا عليه، وما لم يقض يكون أمانة في يده، فإن عجز الراهن عن الافتكاك فافتكه المالك لا يكون متبرعًا، ويرجع بجميع ما قضى على المستعير[1].

وفي المادة (١٣٨٥) مدني أردني أنه:

١ - « يجوز رهن المال المعار بإذن من صاحبه المعير وشروطه.

٢ - وليس للمعير أن يسترد المال المرهون قبل أداء الدين ».

***

❁ (مادة ٩٦١): إذا رهن المستعير مال المعير بإذنه على حسب ما اشترطه عليه، فليس للمعير أن يرجع في الرهن بعد تسليمه للمرتهن، بل يحبسه المرتهن إلى أن يستوفي دينه[2].

المستعير إذا رهن مال المعير بإذنه على حسب ما اشترطه عليه فليس للمعير أن يرجع في الرهن بعد تسليمه للمرتهن إلى أن يستوفي دينه فيمنع رجوع المعير فيه، ويكون لازمًا حينئذ.

ورغم أن الملك الثابت في العارية ملك غير لازم؛ لأنه ملك لا يقابله عوض، وأنه ليس

---

(١) بدائع الصنائع: ٦/ ١٣٧.

(٢) لتصريحهم بصحة رهن المستعار ليرهنه، فيثبت له حكم الرهن لملك الراهن فيمتنع رجوع المعير فيه، ويكون لازمًا حينئذ... اهـ.

عقدًا لازمًا كالملك الثابت بالهبة، وأن للمعير أن يرجع في العارية سواء أطلق العارية أو وقت لها، غير أن المعير إذا وقت للعارية وقتًا ثم أراد أن يرجع قبل الوقت لم يصح رجوعه؛ فمثلًا: لو استعار أرضًا للزراعة، وكانت العارية مؤقتة بوقت، وأراد المعير أن يسترد أرضه قبل الوقت لم يكن له ذلك، حتى يحصد الزرع، بل يترك في يده إلى وقت الحصاد بأجر المثل استحسانًا.

وفي القياس يكون له ذلك كما في البناء والغرس، وبهذا فليس للمعير أن يرجع في الرهن بعد تسليمه للمرتهن حتى يستوفي دينه، فإن عجز الراهن عن الافتكاك فافتكه المعير لا يكون متبرعًا، وبجميع ما قضى على المستعير؛ لأنه مضطر إلى قضاء كل الدين الذي رهن به ماله، فكان مأذونًا فيه من قبل الراهن دلالة، كأنه وكل المعير بقضاء دينه، ولو كان كذلك لرجع عليه بما قضى.

ولو مات مستعيره مفلسًا فالرهن باق على حاله محبوسًا عند المرتهن، فلا يباع إلا برضا المعير؛ لأنه ملكه، ولو أراد المعير بيعه وأبى المرتهن البيع، لأن حقه في الاستيفاء قد حصل إن لم يكن فيه وفاء لا يباع إلا برضاه، لأن له في الحبس منفعة فلعل المعير قد يحتاج إلى الرهن فيخلصه بالإيفاء، أو تزاد قيمته بتغير السعر فيستوفي منه حقه، ولو مات المعير مفلسًا وعليه دين أمر الراهن بقضاء دين نفسه ويرد الرهن ليصل كل ذي حق حقه، وإن عجز لفقره فالرهن على حاله، كما لو كان المعير حيًّا ولورثة المعير أخذه - أي الرهن - بعد قضاء دينه[1].

وفي المادة (٥٤١) من مشروع تقنين الشريعة على مذهب أبي حنيفة أن: « للأب والوصي رهن متاع الصغير في دين عليهما، وإذا هلك المتاع ضمن كل منهما للصبي مثل ما سقط به من الدين ولا يضمنان الزيادة ».

***

❁ (مادة ٩٦٢): يجوز للأب أن يرهن ماله عند ولده، وأن يرتهن مال ولده لنفسه، ويجوز له أيضًا أن يرهن مال ابنه الصغير بدين على نفسه وبدين على الصغير، وإذا رهنه بدين نفسه فهلك فإن كانت قيمة الرهن أكثر من الدين يضمن الأب قدر الدين لا الزيادة[2].

تتناول هذه المادة حكم رهن مال الغير بغير إذنه كالأب؛ ذلك أنه يجوز للأب أن يرهن ماله عند ولده الصغير بدين للصغير عليه ويحبسه لأجل الولد، وإذا هلك بعد ذلك فيهلك

---

(١) الدر المختار: ٦/ ٥١٦.

(٢) يستفاد حكمها من أوسط باب ما يجوز ارتهانه... إلخ، من الدر: ٣١٩.

بالأقل من قيمته ومن الدين إذا كان أشهد عليه قبل الهلاك، وإن كان لم يشهد عليه عند الهلاك أو بعده لم يصدق، إلا أن يصدقه الولد بعد الإدراك.

ويجوز للأب أن يرهن مال الصبي بدينه وبدين نفسه؛ لأن الرهن لا يخلو إما أن يجري مجرى الإيداع، وإما أن يجري مجرى المبادلة، والأب يلي كل واحد منهما في مال الصغير فإنه يبيع مال الصغير بدين نفسه، ويودع مال الصغير، فإن هلك الرهن في يد المرتهن أن يفتكه قبل الأب هلك بالأقل من قيمته ومما رهن به؛ لأن الرهن وقع جميعًا، وهذا حكم الرهن الصحيح، وضمن الأب قدر ما سقط من الدين بهلاك الرهن؛ لأنه قضى دين نفسه بمال ولده فيضمن.

فلو أدرك الولد والرهن قائم عند المرتهن فليس له أن يسترده قبل قضاء القاضي، لما ذكرنا أن الرهن وقع صحيحًا لوقوعه عن ولاية شرعية فلا يملك الولد نقضه، ولكن يؤمر الأب بقضاء الدين ورد الرهن على ولده لزوال ولايته بالبلوغ.

ولو قضى الولد دين أبيه وافتك الرهن لم يكن متبرعًا، ويرجع بجميع ما قضى على أبيه؛ لأنه مضطر إلى قضاء هذا الدين؛ إذ لا يمكنه الوصول إلى ملكه إلا بقضاء الدين كله فكان مأذونًا له فيه فلم يكن متبرعًا، بل يكون مأمورًا بالقضاء من قبل الأب دلالة، فكان له أن يرجع عليه بما قضى[١].

***

(مادة ٩٦٣): لا يجوز للوصي رهن ماله عند اليتيم ولا ارتهان مال اليتيم لنفسه، وله رهنه عند أجنبي بدين على اليتيم أو على نفسه، وله أخذ رهن بالدين المطلوب لليتيم[٢].

تتناول هذه المادة حكم رهن الوصي وارتهانه بعد أن تكلم عن رهن الأب والارتهان، وقد ذكرنا أن حكم الوصي نفس حكم الأب إلا في عدم صحة رهن مال الوصي عنده،

---

(١) بدائع الصنائع: ٦/ ١٣٦.

(٢) يستفاد حكم هذه المادة إلى قوله: وله أخذ رهن... إلخ من أوسط باب ما يجوز ارتهانه... إلخ من الدر ورد المحتار: ٦/ ٥١٨، ويستفاد حكم الباقي من أول فصل الرهن من أدب الأوصياء بهامش جامع الفصولين ص: ٢١٧.
وجاء في مجمع الأنهر ٢/ ٥٩٦: « لو ارتهنه الوصي من نفسه أو رهن عينًا له من اليتيم بحق لليتيم عليه لم يجز؛ لأنه وكيل محض، والواحد لا يتولى طرفي العقد في الرهن، كما لا يتولاهما في البيع، وهو قاصر الشفقة، ولا يعدل عن الحقيقة في حقه إلحاقًا له بالأب، والرهن من ابنه الصغير ومن عبده التاجر الذي ليس عليه دين بمنزلة الرهن من نفسه أي الوصي، بخلاف ابنه الكبير وابنه أي أبو الوصي وعبده الذي عليه دين، لأنه لا ولاية له عليهم، بخلاف الوكيل بالبيع إذا باع من هؤلاء؛ لأنه متهم فيه، ولا تهمة في الرهن؛ لأن له حكمًا واحدًا، انظر الدر المختار: ٦/ ٤٩٥، الفتاوى الهندية: ٥/ ٤٣٨.

ولا ارتهان ماله لنفسه، والعلة أن الأب لموفور شفقته أنزل منزلة شخصين، وأقيمت عبارته مقام عبارة اثنين في هذا العقد، كما في بيعه مال الصغير من نفسه فتولى طرفي العقد، بخلاف الوصي فإن ذلك لا يجوز منه، ولا يجوز رهن الوصي ماله عند اليتيم، ولا ارتهانه مال اليتيم لنفسه؛ لأنه توكيل محض، والواحد لا يتولى طرفي العقد في الرهن كما لا يتولاهما في البيع[1].

***

---

(١) العناية شرح الهداية: ١٠/ ١٦١.

الفَصْلُ الثَّانِي

في أحكام الرهن

(مادة ٩٦٤): للمرتهن حق حبس الرهن لاستيفاء الدين الذي رهن به، وليس له أن يمسكه بدين آخر على الراهن سابق على العقد أو لاحق به[١].

وفاسد الرهن كصحيحه في الأحكام كلها، فللمرتهن حق حبسه إلى أن يصل إليه دينه بتمامه إذا كان الرهن سابقًا على الدين[٢].

تتناول هذه المادة حق المرتهن في حبس العين المرهونة؛ لاستيفاء الدين الذي رهن به، وليس له أن يمسكه بدين وجب له على الراهن قبل الرهن أو بعده؛ لأنه مرهون بهذا الدين لا بدين آخر، فلا يملك حبسه بدين آخر؛ لأن ذلك دين لا رهن به، والمرهون محبوس بجميع الدين الذي رهن به، سواء كانت قيمة الرهن أكثر من الدين أو أقل.

والرهن الفاسد حكمه حكم الرهن الصحيح، فلو نقض الراهن العقد بحكم الفساد، وأراد استرداد المرهون كان للمرتهن حبسه حتى يؤدي إليه الراهن ما قبض، وإذا مات الراهن وعليه ديون كثيرة فالمرتهن أولى من سائر الغرماء، وإذا كان الرهن الفاسد لاحقًا للدين لا يكون حكمه حكم الرهن الصحيح، وعليه؛ فليس للمرتهن أن يحبسه لأجل استيفاء الدين؛ لأنه ما استفاد ملك اليد بمقابله هذا المال، ويكون بعد الموت أسوة للغرماء؛ لأنه ليس له على المحل يد مستحقة بخلاف الرهن الصحيح تقدم أو تأخر[٣].

وقبض المرتهن للرهن لا يمنعه من مطالبة الراهن بدينه وحبسه به[٤].

وتتفق هذه المادة مع ما ورد في الفقرة الثانية من المادة (١٣٨٧) مدني أردني، ونصها: « لا يسقط حق المرتهن في حبس المرهون حتى يستوفي دينه ».

وقد نصت المادة (١٤٤٥) من مشروع تقنين الشريعة على مذهب مالك على أنه: « إذا

---

(١) جاء في بدائع الصنائع : ٦/ ٢٣٠ أن الثابت للمرتهن حق حبس الرهن بالدين الذي رهن به، وليس له أن يمسكه بدين وجب له على الراهن قبل الرهن أو بعده؛ لأنه مرهون بهذا الدين لا بدين آخر، فلا يملك حبسه بدين آخر؛ لأن ذلك دين لا رهن به »، وانظر المادة (٢٧٩) من مجلة الأحكام العدلية.

(٢) يستفاد حكم فقرتيها أوسط كتاب الرهن من تنقيح الحامدية ص : ٢٧٤، ٢٧٥.

(٣) الدر المختار : ٦/ ٥٢٦.

(٤) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (٥١٧) الطبعة التمهيدية، القسم الثاني، مجمع البحوث الإسلامية.

كان الرهن بيد المرتهن كان ضمانه منه، ويستمر في ضمانه بعد استيفاء دينه حتى يسلمه للراهن، إلا إذا أحضره له فأعرض عن تسليمه منه، أو أمره بتركه عنده فإنه يصير وديعة عنده، ويسري عليه حكم الوديعة من جهة الضمان وعدمه، فإن لم يكن الرهن بيد المرتهن فضمانه من الراهن »، وجاء في إيضاح هذه المادة: أن المراد بكون ضمان الرهن من المرتهن في هذا النص هو تعلق الضمان بذمته لا الضمان بالفعل، وهو غرم قيمة المقوم ومثل المثلي؛ لأن الضمان الفعلي إنما يكون عند تلف الرهن أو ضياعه.

***

(مادة ٩٦٥): المرتهن أحق بالرهن من الراهن، وإذا مات الراهن مديونًا فالمرتهن أحق به من سائر الغرماء إلى أن يستوفي حقَّه، وما فضل منه للغرماء[١].

يفيد الرهن الحبس في حق المرتهن، فله أن يحبس الرهن حتى يستوفي دينه من الراهن، فإذا لم يفعل بيع عليه، وإذا مات قبل وفائه، ولم يخلف مالًا آخر سوى الرهن كان المرتهن أحق بثمنه من بين سائر الغرماء، فإن فضل منه شيء يضم الفضل إلى مال الراهن ويقسم بين الغرماء بالحصص؛ لأن قدر الفضل لم يتعلق به حق المرتهن[٢].

وقد نصت المادة (٧٢٩) من مجلة الأحكام العدلية على أن: « حكم الرهن أن يكون للمرتهن حق حبس الرهن لحين فكاكه، وأن يكون أحق من سائر الغرماء باستيفاء الدين من الرهن إذا توفي الراهن »[٣].

وللمرتهن أن يسترد الرهن من الراهن إذا أعاره له، فإن مات الراهن قبل رد الرهن يكون المرتهن أحق به من سائر الغرماء[٤].

وتتفق هذه المادة مع ما ورد في المادة (١١١١) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[٥]، ونصها:

١ - « يخول الرهن الدائن المرتهن الحق في حبس الشيء المرهون عن الناس كافة، دون

---

(١) يستفاد حكمها من تنقيح الحامدية من أوسط كتاب الرهن آخر ص : ٢٧٤.

(٢) بدائع الصنائع : ٦/ ٢٣١ وانظر: مجمع الأنهر ص : ٦٠٦.

(٣) المادة (٧٢٩) من مجلة الأحكام العدلية.

(٤) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (٥٦٧) ، الطبعة التمهيدية القسم الثاني، مجمع البحوث الإسلامية.

(٥) المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة (١١١١) ص : ٤٤٥.

إخلال بما للغير من حقوق تم حفظها وفقًا للقانون.

٢ - وإذا خرج الشيء من يد الدائن دون إرادته أو دون علمه، كان له الحق في استرداد حيازته من الغير وفقًا لأحكام الحيازة.

وهو ما جاء في المواد (١١١٠) من مشروع القانون المدني المصري.

والمادة (٤٣ ١٠) من التقنين الكويتي، و(١٣٤٢) من التقنين العراقي، و(١٤٠٠) من التقنين الأردني، وفي الفقه الإسلامي جاء في البدائع : ٨/ ٢٣٣٩، الناشر زكريا علي يوسف، مطبعة الإمام: ولأن الرهن في اللغة عبارة عن الحبس... ولأن الرهن شرع وثيقة بالدين، فيلزم أن يكون حكمه ما يقع به التوثيق للدين كالكفالة، وإنما يحصل التوثيق إذا كان يملك حبسه على الدوام؛ لأنه يمنعه من الانتفاع فيحمله ذلك على قضاء الدين في أسرع الأوقات، وكذا يقع الأمن عن تواء حقه بالجحود والإنكار

***

(مادة ٩٦٦): الرهن لا يمنع المرتهن من مطالبة الراهن بدينه إن كان حالًا، فإن كان مؤجلًا فليس للمرتهن مطالبته به إلا عند حلول الأجل[1].

إن المرهون محبوس بجميع الدين الذي رهن به، سواء كانت قيمة الرهن أكثر من الدين أو أقل، حتى لو قضى الراهن بعض الدين كان للمرتهن أن يحبس كل الدين حتى يستوفي ما بقي قل الباقي أو كثر؛ لأن الرهن في حق ملك الحبس مما لا يتجزأ، فما بقي شيء من الدين بقي محبوسًا به كالمبيع قبل القبض لما كان محبوسًا بجميع الثمن، فما بقي شيء من الثمن بقي محبوسًا به كذا هذا.

ولأن صفقة الرهن واحدة فاسترداد شيء من المرهون بقضاء بعض الدين يتضمن تفريق الصفقة من غير رضا المرتهن، وهذا لا يجوز، وذكر في الزيادات فيمن رهن مائة شاة بألف درهم، على أن كل شاة منها بعشرة دراهم فأدى عشرة دراهم كان له أن يقبض شاة[2]، ولا يعني حبس الرهن في الدين تحقق الوفاء به، فمن الدائن المطالبة بدينه حتى يتحقق الوفاء.

وقد نصت المادة (٧٣٠) من مجلة الأحكام العدلية على ما يلي:« لا يكون الراهن مانعًا للمطالبة بالدين، حتى إنه بعد قبض الرهن أيضًا فصلاحية المرتهن في مطالبة الراهن باقية ».

***

(١) يستفاد من الدر من أوائل كتاب الرهن : ٦/ ٤٨١ حيث جاء: « وله طلب دينه من راهنه ».

(٢) بدائع الصنائع : ٦/ ٢٣٠، وانظر مجمع الأنهر : ٢/ ٥٨٨ - ٥٩٨.

(مادة ٩٦٧): إذا قضى الراهن بعض الدين فلا يكلف المرتهن بتسليمه بعض الرهن، بل يحبسه إلى استيفاء ما بقي منه ولو قليلًا.

إنما إذا كان المرهون شيئين وعين لكل منهما مقدار من الدين، وأدّى الراهن مقدار ما عليه لأحدهما كان له أن يأخذه، أما إذا لم يعين فليس له الأخذ لحبس الكل بكل الدين[١].

تتفق هذه المادة مع ما ورد في المادة (١٠٤٤) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، والتي تنص على أن : « كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامن لكل الدين، وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها، ما لم ينص القانون أو يقضي الاتفاق بغير ذلك ».

وهو ما جاء كذلك في المواد (١٠٤١) مدني مصري، (١٢٩٤) عراقي، (٩٨٢) كويتي، (١٣٣٣) أردني، ونصها: « الرهن لا يتجزأ، وكل جزء من العقار المرهون ضامن لكل الدين، وكل جزء من الدين مضمون بالعقار المرهون ».

ويتفق ذلك مع ما جاء في المادة (٧٣٠) من المجلة العدلية.

***

(مادة ٩٦٨): لمعير[٢] الرهن أن يجبر المستعير الراهن على فكاك الرهن وتسليمه إليه، إلا إذا كانت العارية مؤقتة بمدة معلومة فليس له جبره على ذلك قبل مضي المدة، وله جبره بعد مضيها[٣].

لمعير الرهن مطالبة المستعير بدفع دينه لفكاك رهنه، إلا إذا كانت العارية مؤقتة بوقت معلوم فتلزم العارية إلى انتهاء مدتها، حتى لا يضر بالدائن أو المدين، وقد تقدم توضيح ذلك[٤].

***

(مادة ٩٦٩): لا يكلف مرتهن معه رهنه تمكين الراهن من استلامه الرهن لبيعه لقضاء دينه؛ لأن حكم الرهن الحبس الدائم حتى يقبض دينه[٥].

لا يجب على المرتهن تسليم الرهن للراهن حتى يبيعه ويقضي دينه، لما قد يؤدي إليه

(١) يستفاد حكم هذه الفقرة من الدر في أواخر باب ما يجوز رهنه: ٦/ ٤٩٣.

(٢) في طبعة دار الفرجاني « لمغير » والمثبت من طبعة نظارة المعارف وهو الصحيح.

(٣) يستفاد حكمها من أوسط الرهن من تنقيح الحامدية ص : ٢٧٢.

(٤) الدر المختار : ٥/ ٢٣٢.

(٥) يستفاد حكمها من أواخر كتاب الرهن من الدر ورد المحتار : ٦/ ٤٨٥، ومثله في الدرر والشرنبلالية من أوسط كتاب الرهن ص : ٢٥٠.

وجاء في الدر المختار أنه: « لا يكلف مرتهن معه رهنه تمكين الراهن في بيعه ليقضي دينه بثمنه؛ لأن حكم الرهن =

ذلك من ضياع حقوق المرتهن في حبس المرهون والتوثق بدينه؛ لأن وقت تسليم المرتهن الرهن هو بعد قضاء الدين، بحيث يقضي الدين أوَّلًا ثم يسلم الرهن؛ لأن الرهن وثيقة، وفي تقديم تسليمه إبطال الوثيقة؛ لأنه لو سلم المرتهن الرهن أوَّلًا فمن الجائز أن يموت الراهن قبل قضاء الدين، فيصير المرتهن كواحد من الغرماء، فيبطل حقه فلزم تقديم قضاء الدين على تسليم الرهن، وكذلك المشتري يؤمر بتسليم الثمن أولًا إذا كان دينًا، ثم يؤمر البائع بتسليم المبيع لما ذكرنا، إلا أن البائع إذا طالبه بتسليم الثمن يقال له: أحضر المبيع؛ لجواز أن المبيع قد هلك.

ولو كان الرهن في يد المرتهن فالتقيا في بلد آخر فطالب المرتهن الراهن بقضاء دينه فإن كان الدين ممَّا له حمل ومؤنة يجبر الراهن على قضاء الدين، ولا يجبر المرتهن على إحضار الرهن؛ لما ذكرنا أن قضاء الدين واجب عليه، والتأخير إلى وقت الإحضار للضرورة التي ذكرناها عند القدرة على الإحضار من غير ضرر زائد، والمرتهن هنا لا يقدر على الإحضار إلا بالمسافرة بالرهن، أو بنقله من مكان العقد، وفيه ضرر بالمرتهن فسقط التكليف بالإحضار[١].

وفي المادة (٥١٩) من تقنين الشريعة على مذهب أبي حنيفة أن : « للمرتهن إن كان الرهن في يده أن يمنع الراهن من بيع الرهن ليؤدي حقه ».

***

(مادة ٩٧٠): إذا أراد المعير فكاك الرهن ودفع الدين المطلوب للمرتهن يجبر المرتهن على القبول، ويرجع المعير على المستعير بما أداه من الدين إن كان الدين قدر قيمة الرهن، وإن كان أقل لا يجبر على تسليم الرهن، فإن كان أكثر فالزائد تبرع فلا يرجع به على المستعير[٢].

« لو افتك المعير الرهن أجبر المرتهن على القبول، ثم يرجع المعير على الراهن؛ لأنه غير متبرع لتخليص ملكه، بخلاف الأجنبي بما أدى بأن ساوى الدين القيمة، وإن الدين أزيد فالزائد تبرع، وإن قل فلا جبر ».

***

= الحبس الدائم حتى يقبض دينه ».

(١) بدائع الصنائع : ٦/ ١٥٣، ١٥٤.

(٢) يستفاد حكمها من أوسط باب التصرف في الرهن : ٦/ ٥١٥ من الدر ورد المحتار.

❁ **(مادة ٩٧١): لا يبطل الرهن بموت الراهن، ولا بموت المرتهن، ولا بموتهما، ويبقى رهنًا عند الورثة**[١].

إن الرهن لا ينفسخ بوفاة الراهن أو المرتهن أو الاثنين معًا.

بناءً عليه.. إذا توفي الراهن فليس للورثة أن يستردوا الرهن ما لم يؤدوا الدين كاملًا؛ لأن حق المرتهن يتقدم على حق ورثة الراهن، ووفاء الديون مقدم على الإرث، وإذا توفي المرتهن يبقى الرهن في يد ورثته رهنًا.

وهو ما جاء في المواد (٧٣٣) من مجلة الأحكام العدلية، (٥٧٦) من تقنين الشريعة على مذهب أبي حنيفة، (١٤٢٣) مدني أردني، ونصها: « لا ينقضي الرهن الحيازي بموت الراهن أو المرتهن، ويبقى رهنًا عند الورثة حتى وفاء الدين ».

***

❁ **(مادة ٩٧٢): إذا مات الراهن المستعير مفلسًا يبقى الرهن على حاله محبوسًا في يد المرتهن، ولا يباع بدون رضا المعير**[٢].

تتناول هذه المادة الحكم فيما إذا مات الراهن المستعير مفلسًا، في المادة السابقة أن الرهن لا يبطل لا بموت الراهن ولا المرتهن ولا حتى بموتهما، بل يظل العقد باقٍ على حاله حُبوسًا عند المرتهن، فلا يباع إلا برضا المعير؛ لأنه ملكه، ولو أراد المعير بيعه لم يجز بغير رضا المرتهن؛ لأن حقه في الاستيفاء إن كان في الرهن وفاء، وإن لم يكن فيه وفاء لا يباع إلا برضاه؛ لأن له في الحبس منفعة، فلعل المعير قد يحتاج إلى الرهن فيخلصه، أو تزداد قيمته بتغير السعر فيستوفي منه حقه[٣].

***

❁ **(مادة ٩٧٣): إذا مات المعير مديونًا يؤمر المستعير الراهن بوفاء دين نفسه وتخليص الرهن، وإن عجز عن قضاء دينه يبقى الرهن على حاله عند المرتهن، ولورثة المعير أن يؤدوا الدين ويستخلصوا الرهن**[٤].

---

(١) يستفاد حكمها من تنقيح الحامدية من أواخر كتاب الرهن ص : ٢٨٦.

(٢) يستفاد حكمها من الدر من أوسط باب التصرف في الرهن... إلخ : ٦/ ٥١٦ حيث جاء: « ولو مات مستعيره مفلسًا مديونًا، فالرهن باقٍ على حاله، فلا يباع إلا برضا المعير؛ لأنه ملكه »، وانظر حاشية الطحطاوي : ٤/ ٢٥١، والمادة (٧٣٦) من مجلة الأحكام العدلية.

(٣) تبيين الحقائق : ٦/ ٩٠.

(٤) يستفاد حكمها من الدر من أواخر باب التصرف في الرهن : ٦/ ٥١٦.

« لو مات المعير مفلسًا وعليه دين أمر الراهن بقضاء الدين الذي عليه، ويرد الرهن ليصل كل ذي حقٍّ حقه، وإن عجز لفقره فالرهن على حاله كما لو كان المعير حيًّا، ولورثة المعير أخذ الرهن بعد قضاء دينه كمورث، فإن طلب غرماء المعير من ورثته بيعه فإن كان به وفاء بيع، وإلا فلا يباع إلا برضا المرتهن »[١].

وقد نصت المادة (٧٣٧) من مجلة الأحكام العدلية على أنه: « إذا توفي المعير ودينه أكثر من تركته يؤمر الراهن بأداء دينه بنفسه وتخليص الرهن المستعار ورده، وإذا كان عاجزًا عن تأدية الدين بسبب فقره يبقى ذلك الرهن المستعار على حاله مرهونًا عند المرتهن، إلا أنه لورثة المعير أن يؤدوا الدين ويستخلصوه، وإذا طالب داينوا المعير ببيع الرهن فإن كان ثمنه يفي الدين يباع بلا رضا المرتهن، وإن كان لا يفي الدين لا يباع بدون رضا المرتهن ».

***

❁ **(مادة ٩٧٤): إذا مات الراهن باع وصيُّه الرهن بإذن مرتهنه وقضى منه الدين للمرتهن، فإن لم يكن له وصي يُنَصِّبُ القاضى له وصيًّا ويأمره ببيعه وقضاء الدين المرهون به من ثمنه**[٢].

تناولت في هذه المادة حكم بيع وصي الراهن إذا مات الراهن ليقضي منه الدين، وبينت صحة هذا البيع؛ لأن الوصي قائم مقامه فإذا لم يكن له وصي نصب القاضي له وصيًّا؛ لأن القاضي نصَّب ناظرًا لحقوق المسلمين إذا عجزوا عن النظر لأنفسهم، والنظر في نصب الوصي ليؤدي ما عليه لغيره ويستوفي ماله من غيره، وفي مسألتنا يأمره القاضي ببيع الدين بإذن المرتهن وقضاء الدين المرهون به من ثمنه، وهذا في حال كون ورثته صغارًا ولو كانوا كبارًا حاضرين خلفوا الميت في المال.

ولو رهن الوصي بعض التركة لدين على الميت عند غريم من غرمائه توقف على رضا الباقين، ولهم رده؛ لأنه إيثار لبعض الغرماء بالإيفاء الحكمي فأشبه الحقيقي، وإذا ارتهن الوصي بدين الميت على رجل جاز؛ لأنه استيفاء وهو يملكه[٣].

جاء في مجمع الأنهر: «ولو مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين؛ لأن الوصي قائم مقامه، فإن لم يكن له وصي نصب القاضي له وصيًّا وأمره بذلك أي بالبيع؛ لأن القاضي نصب ناظرًا لحقوق المسلمين إذا عجزوا عن النظر لأنفسهم، وقد تعين النظر في نصب

---

(١) انظر حاشية الطحطاوي : ٤/ ٢٥١.

(٢) يستفاد حكمها من الدر من أواخر باب التصرف في الرهن : ٦/ ٦١٩، وحاشية الطحطاوي : ٤/ ٢٥٣، ومتن القدوري ص : ٤٢.

(٣) العناية شرح الهداية : ١٠/ ٢٩٦.

الوصي ليؤدي ما عليه لغيره ويستوفي حقوقه من غيره، ولو كان الدين على الميت فرهن الوصي بعض التركة عند غريم له من غرمائه لم يجز وللآخرين أن يردوه، ولو لم يكن للميت غريم آخر جاز الرهن[١]، وقد جاء ذلك أيضًا في المادة (٥٧٥) من تقنين الشريعة.

***

(مادة ٩٧٥): إذا مات المرتهن تقوم ورثته مقامه في حبس الرهن إلى استيفاء الدين[٢].

إذا مات المرتهن قام وارثه في احتباس الرهن مقامه؛ لأن حق الاحتباس حق مالي ينتقل بالوراثة إلى ورثة المرتهن[٣].

وقد نصت المادة (٧٣٨) من مجلة الأحكام العدلية على أنه: « إذا توفي المرتهن يبقى الرهن مرهونًا عند ورثته »[٤].

***

(مادة ٩٧٦): إذا مات العدل يوضع الرهن عند عدل غيره بتراضي الطرفين، فإن اختلفا يضعه الحاكم عند عدل، وإن شاء وضعه عند المرتهن إذا كان مثل العدل في العدالة وإن كره الراهن[٥].

بينت هذه المادة حكما تفصيليًا، وهو أن العدل إذا مات يوضع الرهن عند عدل غيره؛ لأن الوكالة بطلت بموته، سواء كانت بعد العقد أو في العقد، ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه؛ لأن الوكالة لا تورث، ولأن الراهن رضي به ولم يرض بغيره، فإذا مات بطلت الوكالة، لكن لا يبطل العقد، ويوضع الرهن في يد عدل آخر عن تراض منهما؛ لأنه جاز الوضع في يد الأول في الابتداء بتراضيهما فكذا في يد الثاني في الانتهاء، فإن اختلفا في ذلك نصب القاضي عدلًا، ووضع الرهن في يده قطعًا للمنازعة، وليس للعدل الثاني أن يبيع إلا أن يموت الراهن؛ لأن الراهن سلط الأول لا الثاني[٦].

***

(١) مجمع الأنهر : ٢/ ٦١٠.

(٢) يستفاد حكمها من تنقيح الحامدية من أواخر كتاب باب الرهن ص : ٢٧٦.

(٣) انظر مختصر أحكام المعاملات الشرعية ص : ٢١٦.

(٤) المادة (٧٣٨) من مجلة الأحكام العدلية.

(٥) يستفاد حكمها من الهندية من أواخر الباب الثاني في الرهن بشرط أن يوضع على يدي عدل : ٥/ ٤٤٤ حيث جاء: « ولو اجتمع الراهن والمرتهن على وضعه على يدي عدل آخر، وقد مات الأول، أو على يد المرتهن جاز؛ لأن الحق لهما، فإن اختلفا وضعه القاضي على يد عدل، وإن شاء على يد المرتهن، إذا علم القاضي أن المرتهن مثل العدل في العدالة يضعه على يديه، وإن كره الراهن، فأما إذا أراد أن يضعه في يدي الراهن ذكر في بعض الروايات: ليس له ذلك، وذكر في بعض الروايات: له ذلك ».

(٦) بدائع الصنائع : ٦/ ١٥١.

❁ **(مادة ٩٧٧): إذا مات المرتهن مجهلًا للرهن ولم يوجد في تركته فقيمة الرهن تصير دينًا واجب الأداء من تركته، وتقبض الورثة من الراهن مقدار دين مورثهم**[1].

الأصل أن المودع أو المضارب أو المستعير أو المستبضع، وكل من كان المال بيده أمانة إذا مات قبل البيان، ولم تعرف الأمانة بعينها فإنه يكون دينًا عليه في تركته؛ لأنه صار مستهلكًا للوديعة بالتجهيل، ومعنى موته مجهلًا: أن لا يبين حال الأمانة كما في الأشباه.

وقد سئل الشيخ عمر بن نجيم عما لو قال المريض: عندي ورقة في الحانوت لفلان ضمنها دراهم لا أعرف قدرها، فمات ولم توجد، فأجاب: بأنه من التجهيل لقوله في البدائع: هو أن يموت قبل البيان، ولم تعرف الأمانة بعينها.

***

(١) يستفاد حكمها من تنقيح الحامدية من أواخر كتاب الرهن ص: ٢٨٦، رد المحتار على الدر المختار: ٥/ ٦٦٧.

الفَصْلُ الثَّالِثُ

في تصرف الراهن والمرتهن

❁ (مادة ٩٧٨): كل تصرف من التصرفات المحتملة للفسخ، كالبيع والإجارة والهبة والصدقة ونحو ذلك إذا فعله الراهن قبل سقوط الدين عنه يتوقف نفاذه على رضا المرتهن، ولا يبطل حقه في حبس الرهن، إلا إذا أجازه المرتهن أو قضى الراهن دينه فحينئذ تنفذ تصرفاته ويخرج المرهون عن عهدة المرتهن، لكن في صورة البيع يتحول حق المرتهن إلى الثمن بخلاف بدل الإجارة[1].

وكذلك إذا أقر الراهن بالمرهون لغيره فلا يصح إقراره في حق المرتهن، ولا يسقط حقه في حبس الرهن إلى استيفاء دينه[2].

التصرفات المحتملة للفسخ كالبيع والإجارة والهبة والصدقة ونحو ذلك إذا قام بها الراهن قبل قضاء دينه أو سقوطه عنه يتوقف نفاذه على رضا المرتهن، ولا يبطل حق المرتهن إلا إذا أجازه أو قضي دينه، وحينئذ تنفذ تصرفاته، ويخرج المرهون عن عهد المرتهن، فلو باع الراهن الرهن قبل سقوط الدين بغير إذنه فليس له ذلك؛ لما فيه من إبطال حقه من غير رضاه، ولو باعه توقف نفاذ البيع على إجازة المرتهن، وإن أجازه جاز؛ لأن عدم النفاذ لمكان حقه،

---

(١) يستفاد حكم هذه الفقرة من أوائل باب التصرف في الرهن من الدر ورد المحتار : ٥/ ٦٦٨.

وجاء في مجمع الأنهر ٢/ ٦٠٣، ٦٠٤: « بيع الراهن الرهن موقوف على إجازة المرتهن أو قضاء دينه، وعن أبي يوسف أنه نافذ كالإعتاق؛ لأنه تصرف في خالص ملكه، والصحيح ظاهر الرواية لتعلق حق المرتهن به فيتوقف على إجازته، وإن تصرف الراهن في ملكه كالوصية يتوقف نفاذها فيما زاد على الثلث على إجازة الورثة؛ لتعلق حقهم به، فإن أجاز المرتهن جاز؛ لأن المانع من النفاذ حقه وقد زال بالإجازة، وإن قضى الراهن دينه جاز أيضًا؛ لأن المقتضي لنفاذ البيع موجود وهو التصرف الصادر من الأهل في المحل، وقد زال المانع من النفوذ، فإن أجاز صار ثمنه رهنًا مكانه.

وفي «الهداية»: فإذا نفذ البيع بإجازة المرتهن ينتقل حقه إلى بدله هو الصحيح؛ لأن حقه تعلق بالمالية، والبدل له حكم المبدل، وصار كالعبد المديون إذا بيع برضاء الغرماء ينتقل حقهم إلى البدل؛ لأنهم رضوا بالانتقال دون السقوط رأسًا فكذا هذا، وعن أبي يوسف: أنه إنما يكون الثمن رهنًا إذا كان الراهن شرط أن يباع بدينه، أما إذا لم يكن شرطًا فلا، والصحيح هو الأول، وهذا كله إذا باع الراهن وهو في يد المرتهن، أما إذا دفعه إلى الراهن فقيل: لا يبقى الرهن فلا يكون الثمن رهنًا، والأصح أنه يبقى رهنًا؛ لأنه بمنزلة الإجازة فلا يبطل الرهن لكن يبطل ضَمانه »، وانظر الدر المختار : ٦/ ٥٠٨.

(٢) يستفاد حكم هذه الفقرة من أواخر كتاب الرهن من تنقيح الحامدية ص : ٢٧٧.

وجاء في الدر المختار ٦/ ٥١٣ : « ولو رهن شيئًا ثم أقر بالرهن لغيره لا يصدق في حق المرتهن، ويؤمر بقضاء الدين ورده إلى المقر له ».

فإذا رضي ببطلان حقه زال المانع فنفذ وكان الثمن رهنًا، سواء شرط المرتهن عند الإجازة كونه رهنًا أو لا في جواب ظاهر الرواية.

وروي عن أبي يوسف أنه لا يكون رهنًا إلا بالشرط؛ لأن الثمن ليس بمرهون، بل المرهون هو المبيع، وقد زال حقه منه بالبيع، إلا أنه إذا شرط عند الإجازة أن يكون مرهونًا فلم يرض بزوال حقه عنه إلا ببدل، وإذا لم يوجد الشرط زال حقه أصلًا.

وجه ظاهر الرواية أن الثمن بدل المرهون فيقوم مقامه، وبه تبين أنه ما زال حقه بالبيع؛ لأنه زال إلى خلف قائم معنًى فيقام الخلف مقام الأصل، وسواء قبض الثمن من المشتري أو لم يقبضه؛ لأنه يقوم مقامه ما كان مقبوضًا، وإن رده بطل لما قلنا، وليس له أنه يهبه من غيره أو يتصدق به على غيره بغير إذنه لما ذكرنا، ولو فعل توقف على إجازة المرتهن إن رده بطل وله أن يعيده رهنًا، وإن أجازه جازت الإجازة لما قلنا، وبطل عقد الرهن؛ لأنه زال عن ملكه لا إلى خلف بخلاف البيع.

وليس له أن يؤجره من أجنبي بغير إذن المرتهن؛ لأن ملك الحبس له يمنع الإجازة، ولأن الإجازة من الانتفاع، وهو لا يملك الانتفاع به بنفسه فكيف يملكه غيره، ولو فعل وقف على إجازته فإن رده بطل، وإن أجاز الإجارة جازت، وبطل عقد الرهن؛ لأن الإجازة إذا جازت، وهي عقد لازم لا يبقى الرهن ضرورة، والأجر للراهن لأنها بدل منفعة مملوكة له، وولاية قبض الأجرة له أيضًا لأنه هو العاقد، ولا تكون الأجرة رهنًا لأن الأجرة بدل المنفعة، والمنفعة ليست بمرهونة فلا يكون بدلها مرهونًا، فأما الثمن في باب البيع فبدل البيع وهو مرهون فجاز أن يكون بدله مرهونًا، وكذلك لو آجره من المرتهن صحت الإجارة وبطل الرهن إذا جدد المرتهن القبض للإجارة، أما صحة الإجارة وبطلان الرهن فلما ذكرنا، وأما الحاجة إلى تجديد القبض فلأن قبض الرهن دون قبض الإجارة فلا منوب عنه.

ولو هلك في يده قبل انقضاء مدة الإجارة أو بعد انقضائها يهلك أمانة إن لم يوجد منه منع من الراهن، وإن منعه الراهن ثم هلك بعد انقضاء مدة الإجارة ضمن قيمته؛ لأنه صار غاصبًا بالمنع وليس له أن يعيره من أجنبي بغير إذن المرتهن لما ذكرنا، فلو أعار وسلم فللمرتهن أن يبطل الإعارة ويعيده رهنًا، وإن أجاز جاز، ولا يبطل الرهن، ولكن يبطل ضمانه، وكذا إذا أعاره بإذن المرتهن، بخلاف ما إذا آجره فأجاز المرتهن أو آجره بإذنه أنه يبطل الرهن؛ لأن الإجارة عقد لازم لأن أحد العاقدين لا ينفرد بالفسخ من غير عذر، فكان من ضرورة جوازها بطلان الرهن.

فأما الإعارة فليست بلازمة؛ لأن للمعير ولاية الاسترداد في أي وقت شاء، فجوازها

لا يوجب بطلان عقد الرهن، إلا أن يبطل ضمان الرهن، وكذلك الإقرار، فهذه التصرفات التي تقبل الفسخ لم تجز في حق المرتهن أصلًا، ولا يبطل حقه في الحبس إلا بعد قضاء الدين، وأما التصرفات التي لا تقبل الفسخ فتنفذ ويبطل بها الرهن كالعتق[1].

وقد جاء في المادة (٥٦١) من تقنين الشريعة على مذهب أبي حنيفة أن بيع الراهن الرهن موقوف على إجازة المرتهن أو قضاء دينه، فإن أجاز البيع صار ثمنه رهنًا مكانه، وإن لم يجز وفسخ البيع لا ينفسخ إلا بأمر القاضي إذا طلب المشتري ذلك، وللمشتري أن ينتظر حتى ينفك الرهن.

ويختلف ذلك عما اتجهت إليه القوانين العربية في الرهن الرسمي، فقد أجازت التصرفات التي لا تتعارض مع حق المرتهن في حبس الرهن لاستيفاء دينه، وللدائن المرتهن برضا المدين الراهن في الرهن الحيازي، طبقًا لما جاء في المادة (١٤٠٣) مدني أردني: « أن يعير المرهون حيازيًا وأن يؤجره إلى راهنه، على أن يظل المرهون ضامنًا لوفاء الدين، ودون أن يؤثر ذلك على نفاذ الرهن في حق الغير »، ويتضح اشتراط رضا الراهن في التصرفات التي يقوم بها المرتهن فيما عبرت عنه المادة (١٣٩٢) مدني أردني، ونصها: « ليس للمرتهن أن يتصرف في المرهون بغير إذن من الراهن، ولا يجوز له بيعه إلا إذا كان وكيلًا في البيع ». وليس للراهن أن يتصرف في المرهون دون رضا الراهن، فيما عبرت عنه المادة (١٣٨٦) مدني أردني، ونصها:

١ - « لا يجوز للراهن أن يتصرف في المرهون حيازيًا تصرفًا قابلًا للفسخ، مثل البيع والإجارة والهبة إلا بقبول المرتهن.

٢ - فإذا كان التصرف بيعًا فإن حق المرتهن ينتقل إلى ثمن المرهون ».

ويتفق ذلك مع ما ورد في المادة (١٠٤٦) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[2]، ونصها:

١ - « يجوز للراهن أن يتصرف في العقار المرهون، وأي تصرف يصدر منه لا يؤثر في حق الدائن المرتهن.

٢ - ويكون باطلًا اشتراط الدائن المرتهن على الراهن ألا يتصرف في العقار المرهون ما دام الرهن قائمًا »[3].

---

(١) بدائع الصنائع: ٦/ ١٤٦، ١٤٧.

(٢) المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة (١٠٤٦) ص: ٤٢١.

(٣) هذه المادة تقابل المادة (١٠٤٣) من مشروع القانون المدني المصري.

ويقتضي ذلك أنه إذا اشترط الدائن المرتهن على الراهن ألا يتصرف في العقار المرهون، كان هذا الشرط باطلًا؛ لأن «حرية الراهن في أن يتصرف في العقار المرهون... لا يجوز أن يقيدها اتفاق مع الدائن المرتهن، ويكون باطلًا تعهد الراهن للدائن المرتهن بألا يتصرف في العقار المرهون».

ذلك أن نظام الرهن الرسمي يقوم على التوفيق بين حرية المدين في التصرف في ماله وضمان حق الدائن، فاستبقاء حرية الراهن في التصرف في العقار المرهون بالرغم من رهنه يعتبر من الأسس التي يقوم عليها هذا النظام، ولا شك في أن مصلحة الراهن في احتفاظه بهذه الحرية ترجع مصلحة الدائن في أن يتجنب إجراءات التطهير، ومن ثم يكون الشرط المانع للراهن من التصرف غير صحيح؛ إذ لا تنهض به مصلحة مشروعة راجحة.

***

(مادة ٩٧٩): كما لا يملك الراهن بيع الرهن ولا إجارته ولا إعارته ولا رهنه بدون رضا المرتهن[١]، فكذلك المرتهن لا يجوز له بيع الرهن إلا إذا كان وكيلاً في بيعه من قبل الراهن، وليس له إيداعه ولا إجارته ولا إعارته ولا رهنه بلا إذن الراهن، وإن فعل ذلك يكون متعديًا ويضمن بتعديه قيمة الرهن بالغة ما بلغت[٢].

تصـرفات المرتهن في الرهـن موقوفة حتى يرضى الراهـن، وتصرفات الراهـن موقوفة كذلك على رضا المرتهن، فلا يجوز للمرتهن بيع الرهن؛ لأن البيع تمليك للعين وليس له سوى حبسها، فلو باع من غير إذن الراهن وقف على إجازته، فإن أجازه جاز، وإلا بطل.

وكذا إذا باع بإذنه جاز وكان ثمنه رهنًا، سواء قبضه من المشتري أو لم يقبضه، ولو هلك كان الهلاك على المرتهن، وذلك إذا لم يوكله الراهن في بيعه، فإذا وكله جاز بلا إذن، وكذلك للمرتهن بيع الرهن إذا أجازه الحاكم وكان الراهن غائبًا لا يعرف موته ولا حياته، وكذلك بيع ما خاف عليه الحاكم، ويكون رهنًا في يده؛ لأن إمساكه ليس من الهلاك، وإن باعه بغير أمره ضمن؛ لأن ولاية البيع للمالك والحاكم.

= والمادة (١/ ١٢٩٥) من التقنين العراقي، و المادة (١٢٣٥) من التقنين الأردني.

(١) جاء في مجمع الضمانات ١/ ٢٧٢: « وإعارة الراهن الرهن، وإجارته، وهبته، ورهنه، لا ينفذ بغير إذن المرتهن ».

(٢) يستفاد حكم هذه الفقرة من أوسط الرهن من تنقيح الحامدية ص : ٢٧٠، ٢٧٩.

جاء في جامع الفصولين ٢/ ١٦١: « وليس للمرتهن بيعه، ورهنه، وإجارته، وإعارته، ولو فعله يصير متعديًا، ولا يبطل عقد الرهن ».

وليس للمرتهن أن يهبه أو يتصدق به بغير إذن الراهن؛ لأن الهبة والتصدق تمليك العين، والثابت للمرتهن ملك الحبس لا ملك العين فلا يملكها كما لا يملك البيع، فإن فعل وقف على إجازة الراهن إن أجاز جاز وبطل الرهن، وإن رد عاد رهنًا كما كان.

ولو هلك في يد الموهوب له أو المتصدق عليه قبل الإجازة فالراهن بالخيار، إن شاء ضَمَّن المرتهـن، وإن شاء ضَمَّن الموهـوب له والمتصـدق عليه؛ لما ذكرنا، وأيهما ضَمَّن لا يرجع بالضمان على صاحبه.

ولو أجره بغير إذن الراهن وسلمه إلى المستأجر فهلك في يده فالراهن بالخيار إن شاء ضمن المرتهن قيمته وقت التسليم إلى المستأجر، وإن شاء ضمن المستأجر لوجود سبب وجوب الضمان من كل واحد منهما، وهو التسليم والقبض، وليس له أن يعير الرهن بغير إذن الراهن لما ذكرنا في الإجارة، فإن أعاره وسلمه إلى المستعير فللراهن أن يبطل الإعارة، فإن هلك في يد المستعير فالراهن بالخيار إن شاء ضمن المرتهن، وإن شاء ضمن المستعير، وأيهما ضمن لا يرجع بما ضمن على صاحبه، ويكون الضمان رهنًا.

وليس له أن يرهنه بغير إذن الراهن؛ لأنه لم يرض بحبس غيره، فإن فعل فللراهن الأول أن يبطل الرهن الثاني، ويعيده إلى يد المرتهن الأول؛ لأن الرهن الثاني لم يصح فلو هلك في يد المرتهن الثاني قبل الإعارة إلى الأول فالراهن الأول بالخيار إن شاء ضمن المرتهن الأول، وإن شاء ضمن المرتهن الثاني.

ويد الأجنبي الذي ليس في عياله ليست في معنى يده، فإن فعل وهلك في يد المودع ضمن كل قيمته؛ لأنه صار غاصبًا بالإيداع، وله أن يدفعه إلى من هو في عياله كزوجته وخادمه وأجيره الذي يتصرف في ماله؛ لأن يد هؤلاء كيده، ألا ترى أنه يحفظ مال نفسه سيدهم فكان الهالك في أيديهم كالهالك في يده، والأصل في هذا أن للمرتهن أن يفعل في الرهن ما يعد حفظًا له، وليس له أن يفعل ما يعد استعمالًا له واستنفاعًا به[1].

وفي المادة (٥٢٠) من تقنين الشريعة على مذهب أبي حنيفة أنه:

« إذا انتفع المرتهن بالرهن بغير إذن الراهن صار متعديًا، ولا يبطل به الرهن ».

ومن الواضح وجود خلاف بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية في تصرفات الراهن والمرتهن في الرهن، وبخاصة في الرهن الرسمي الذي يتجه إلى التوفيق بين حرية المدين في التصرف في ماله وبين ضمان حق الدائن في استيفاء دينه والتوثق به، وهذا هو

---

(١) بدائع الصنائع : ٦/ ١٤٨.

الأساس الذي يقوم عليه نظام الرهن الرسمي أو التأميني، وتترجح مصلحة المدين في احتفاظه بهذه الحرية على مصلحة المرتهن في تجنب إجراءات التطهير، أما في الرهن الحيازي فإن الخلاف يقل بين الفقه الإسلامي والقوانين العربية بشأن التصرفات الجائزة في الرهن من كل من الراهن والمرتهن، ويتضح هذا التقارب في النصوص التي نقلناها، والتي نصت على أن أحدهما لا يتصرف دون الآخر، وأن تصرف كل منهما في الرهن موقوف على رضا الآخر بالتصرف.

***

(مادة ٩٨٠): إذا باع الراهن الرهن بلا إذن المرتهن، واستلمه المشتري فهلك في يده قبل أن يجيز المرتهن البيع، فلا تصح بعد هلاكه الإجازة، وللمرتهن الخيار فإن شاء ضمَّن المشتري قيمته يوم هلاكه، وإن شاء ضمَّنها الراهن[١].

وإن تعدى المرتهن وباع الرهن بلا إذن الراهن واستلمه المشتري فهلك في يده قبل الإجازة يكون للراهن الخيار في تضمين المشتري أو المرتهن.

الراهن بالخيار إن شاء ضمن المرتهن إذا باع الرهن بغير إذن الراهن، وإن شاء ضمن المشتري؛ لأن كل واحد منهما صار غاصبًا فالمرتهن بالتسليم والمشتري بالقبض، فإن ضمن المرتهن جاز البيع والثمن للمرتهن وكان الضمان رهنًا؛ لأنه ملكه بالضمان فتبين أنه باع ملك نفسه، فجاز، وكان الثمن له؛ لأنه بدل ملكه، والضمان يكون رهنًا؛ لأنه بدل المرهون فيكون مرهونًا.

وقيل: إنما يجوز البيع بتضمين المرتهن إذا سلم الرهن إلى المشتري أولًا ثم باعه منه، فأما إذا باعه ثم سلمه فإنه لا يجوز؛ لأن سبب ثبوت الملك هو التسليم؛ لأنه سبب وجوب الضمان، وملك المضمون بملك الضمان، والتسليم وجد بعد البيع فلا يجوز البيع، كما إذا باع مال غيره بغير إذنه ثم اشتراه منه أنه لا يجوز بيعه، كذا هذا، وليس في ظاهر الرواية هذا التفصيل، ولو ضمن المشتري بطل البيع؛ لأن بتضمين المشتري لم يتبين أن المرتهن باع مال نفسه والضمان يكون رهنًا؛ لأنه بدل المرهون، ويرجع المشتري على البائع بالثمن؛ لأن البيع لم يصح، وليس له أن يرجع بالضمان عليه[٢].

***

(١) يستفاد حكمها مع فقرتيها من أوسط كتاب الرهن من تنقيح الحامدية ص : ٢٧٠ انظر مصادر الحق في الفقه الإسلامي : ٤/ ١٩٥.

(٢) بدائع الصنائع : ٦/ ٢٢٢.

❁ (مادة ٩٨١): إذا تعدى المرتهن ورهن الرهن بلا إذن الراهن، فهلك في يد المرتهن الثاني قبل الإعادة إلى المرتهن الأول، فللراهن الأول الخيار إن شاء ضمن المرتهن الأول قيمة الرهن بالغة ما بلغت، ويصير ضمانه رهنًا ويملكه المرتهن الثاني بالدين، وإن شاء ضمن المرتهن الثاني، ويكون الضمان رهنًا عند المرتهن الأول، وبطل رهن الثاني، ويكون للمرتهن الثاني الرجوع على الأول بما ضمنه وبدينه.

ولو رهن المرتهن الأول عند الثاني بإذن الراهن الأول، صح الرهن الثاني وبطل الرهن الأول[١].

ليس للمرتهن أن يرهن الرهن، فإن رهن بغير إذن الراهن، كان للراهن الأول أن يبطل الرهن الثاني ويعيده إلى يده، ولو هلك في يد الثاني قبل الإعادة إلى الأول فالراهن الأول بالخيار إن شاء ضمن الأول، وإن شاء ضمن الثاني، فإن ضمن الأول فيكون ضمانه رهنًا وملكه المرتهن الأول بالضمان، فصار كأنه رهن ملك نفسه، وهلك في يد المرتهن الثاني بالدين، وإن ضمن المرتهن الثاني يكون الضمان رهنًا عند المرتهن الأول، وبطل الرهن عند الثاني، ويرجع المرتهن الثاني على المرتهن الأول بما ضمن وبدينه، ولو رهن المرتهن الأول عند الثاني بإذن الراهن الأول صح الرهن الثاني، وبطل الرهن الأول، فصار كأن المرتهن استعار مال الراهن فرهنه[٢].

***

❁ (مادة ٩٨٢): يجوز للمرتهن أن يعير الرهن للراهن فيخرج من ضمان المرتهن، وله استرداده إلى يده، فإن استرده وأعاد قبضه ضمانه عليه لبقاء عقد الرهن.

فإن هلك الرهن في يد الراهن المستعير هلك مجانًا، أي بلا سقوط شيء من الدين، ويكون المرتهن في هذه الصورة أسوة الغرماء.

فإن كان الراهن أعطى المرتهن كفيلًا بتسليمه الرهن المعار، فلا يلزم الكفيل شيء بهلاك الرهن في يد راهنه؛ لخروجه من حكم الرهن وإن كان العقد باقيًا.

أما إن كان الراهن أخذه بغير رضا المرتهن جاز ضمان الكفيل أي إلزامه بتسليمه، فإن مات الراهن المستعير قبل استرداده العين المرهونة وإعادتها إلى يد المرتهن، فالمرتهن أحق بها من سائر غرماء الراهن فلا يشاركون المرتهن فيه[٣].

---

(١) يستفاد حكم فقرتيها من أواخر كتاب الرهن من تنقيح الحامدية ص : ٢٧٩.

(٢) الفتاوى الهندية : ٥/ ٤٦٤.

(٣) يستفاد حكم فقراتها من الدر من أوائل باب التصرف في الرهن : ٦/ ٥١١.

تجوز إعارة المرتهن الرهن للراهن، لكن ليس له أن يعير الرهن لأجنبي بغير إذن الراهن، فإن أعاره وسلمه إلى المستعير فللراهن أن يبطل الإعارة، فإن هلك في يد المستعير فالراهن بالخيار إن شاء ضمن المرتهن، وإن شاء ضمن المستعير، وأيهما ضمن لا يرجع بما ضمن على صاحبه، ويكون الضمان رهنًا، أما عدم الرجوع على المرتهن فلأنه ملكه بالضمان فتبين أنه أعار ملكه، وأما المستعير فلأن الرجوع بالغرر ولم يوجد، بخلاف الإجارة، وأما كون الضمان رهنًا فلأنه بدل المرهون فيكون مرهونًا، وإن سلم واسترده من المستعير عاد رهنًا كما كان؛ لأنه عاد إلى الوفاق فالتحق الخلاف فيه بالعدم.

ولو أعاره بإذن الراهن أو بغير إذنه وأجاز جاز، ولا يبطل الرهن لكن يبطل ضمان الرهن، بخلاف الإجارة فإنها تبطل الرهن، وبإعارة المرتهن الرهن للراهن يخرج من ضمانه، فلو هلك الرهن في يد الراهن هلك مجانًا بلا سقوط شيء من الدين، لارتفاع القبض المضمون، حتى لو أعطى الراهن المرتهن بالرهن المعار كفيلًا لم يلزم الكفيل شيء؛ لخروجه من حكم الرهن وهو الضمان، وإلا فالعقد باق، ولو كان الراهن أخذه بغير رضا المرتهن جاز ضمان الكفيل أي إلزامه بتسليمه، فإن عاد قبضه عاد ضمانه، وللمرتهن استرداده منه إلى يده، فلو مات الراهن قبل الاسترداد فالمرتهن أحق من سائر الغرماء، فلا يشاركون المرتهن فيه؛ لبقاء حكم الرهن؛ لأن اليد العادية ليست بلازمة والضمان ليس من لوازم الرهن على كل حال، ألا ترى أن حكم الرهن ثابت في ولد الرهن وإن لم يكن مضمونًا بالهلاك، وإذا بقي عقد الرهن فإذا أخذه عاد الضمان؛ لأنه عاد القبض في عقد الرهن فيعود بصفته[1].

***

(مادة ٩٨٣): إذا باع المرتهن ثمار العين المرهونة بلا إذن الراهن الحاضر، أو بلا أذن القاضي لو الراهن غائبًا فإنه يضمن قيمتها[2].

ثمار الرهن تتبعه، ولا حق للمرتهن في التصرف فيها بدون إذن الراهن؛ ولذا فإنه إذا باع

= وجاء في الدر المختار ٦/ ٥١٠،٥١١: « وبإعارته - أي المرتهن - الرهن من راهنه يخرج من ضمانه، فلو هلك الرهن في يد الراهن هلك مجانًا حتى لو كان أعطاه به كفيلًا لم يلزم الكفيل شيء؛ لخروجه من الرهن، نعم لو كان الراهن أخذه بغير رضا المرتهن جاز ضمان الكفيل، فإن عاد قبضه عاد ضمانه، وللمرتهن استرداده منه إلى يده، فلو مات الراهن قبل ذلك أي قبل الاسترداد فالمرتهن أحق من سائر الغرماء؛ لبقاء حكم الرهن »، وانظر حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٤٨، مجمع الأنهر: ٢/ ٦٠٦، و (المادة ٧٤٩) من مجلة الأحكام العدلية.

(١) الدر المختار: ٦/ ٥١١.

(٢) يستفاد حكمها من تنقيح الحامدية من أوسط كتاب الرهن ص: ٢٧٢.

المرتهن ثمار العين المرهونة بلا إذن الراهن الحاضر، أو بلا إذن القاضي لو كان غائبًا لم يجز؛ لأن البيع تمليك للعين وهو لا يملكها، وإنما يملك حبسها فقط، فإن باع من غير إذن الراهن توقف على إجازته، فإن أجازه جاز، وإلا فلا، وإن سلط الراهن يبيع الرهن للمرتهن فله أن يبيعه، ولو مات الراهن وليس للوارث نقض البيع؛ لأنه تعلق به حق المرتهن، فلا يقال: إنه وكالة تبطل بالموت.

وليس للمرتهن بيع ثمرة الرهن وإن خاف تلفها؛ لأن له ولاية الحبس لا البيع، ويمكن رفعه إلى القاضي، حتى لو كان في موضع لا يمكنه الرفع للقاضي، أو كان بحال يغلب أن يفسد قبل أن يرفع جاز له أن يبيعه، فإن كان بإذن الحاكم يكون رهنًا في يده؛ لأن إمساكه ليس من الهلاك، وإن كان بغير إذنه ضمن؛ لأن ولاية البيع نظرًا للمالك لا تنسب إلا للحاكم[١].

***

● (مادة ٩٨٤): يجوز للمرتهن أن يسافر بالرهن إذا كان الطريق آمنًا، إلا إذا قيد الراهن بالمصر فلا يجوز له السفر[٢].

لا يسافر المرتهن بالرهن؛ لأن الواجب أن يرده بعد استيفاء دينه لمكان أخذه، إلا « إذا كان الطريق آمنًا، أي ولم يقيد بالمصر، أما إذا قيد به فلا يملكه، وذكر في غير رواية الأصول: إنه إذا كان الطريق آمنًا يملك السفر بها على كل حال عنده، وعلى قول أبي يوسف: لا يملك إذا كان الرهن شيئًا له حمل ومؤنة، وعند محمد: إذا كان السفر له منه بد يضمن على كل حال »[٣].

وقد نصت المادة (٧٥١) من مجلة الأحكام العدلية على أنه: « إذا أراد المرتهن الذهاب إلى بلد آخر فله أن يأخذ الرهن معه إن كان الطريق آمنا ».

***

● (مادة ٩٨٥): لا يجوز للمرتهن أن ينتفع بالرهن منقولًا كان أو عقارًا بدون إذن الراهن، وله أن يؤجره بإذنه ويدفع الأجرة للراهن، أو يحتسبها من أصل الدين برضا الراهن[٤] وإن بطل الرهن[٥].

ولو أذن الراهن للمرتهن في استعمال الرهن والانتفاع به أو إعارته للعمل، فهلك الرهن

---

(١) الدر المختار: ٦/ ٥٠٢.

(٢) يستفاد حكمها من الدر ورد المحتار من أواخر كتاب الرهن: ٦/ ٤٨٩.

(٣) حاشية الطحطاوي: ٤/ ٣٩.

(٤) هذه المادة تتفق مع المادة (١٠٩٩) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٥) وقد جاء في المادة (٧٥٠) من مجلة الأحكام العدلية: « ليس للمرتهن الانتفاع بالرهن بدون إذن الراهن ».

قبل الشروع في الاستعمال أو العمل أو بعد الفراغ منه هلك بالدين.

وإن هلك في حالة الاستعمال والانتفاع أو في حالة العمل المستعار له حسبما أذن به الراهن هلك أمانة، أي لا ضمان على المرتهن، فلا يسقط شيء من الدين، ولو سكن المرتهن الدار المرهونة فلا أجر عليه.

ولو اختلف الراهن والمرتهن في وقت هلاك الرهن فقال المرتهن: هلك في وقت العمل، وقال الراهن: هلك قبل العمل أو بعده، فالقول للمرتهن والبينة للراهن[١].

لا يجوز انتفاع المرتهن بالرهن بدون إذن الراهن، سواء كان المرهون منقولًا أو عقارًا؛ لأن عقد الرهن يقيد ملك الحبس لا ملك الانتفاع، فإن انتفع به فهلك في حال الاستعمال يضمن كل قيمته؛ لأنه صار غاصبًا، وانتفاع المرتهن بالرهن بلا إذن لا يحل؛ لأنه ربا، وقرض جر نفعًا، وإن انتفع به بإذن الراهن جاز، وإن شرط الانتفاع فهو ربا وإلا فلا، وقيل: إنه لا يحل له أن ينتفع بشيء منه بوجه من الوجوه، وإن أذن له الراهن؛ لأنه يستوفي دينه كاملًا فتبقى له المنفعة فضلًا فيكون ربا، وهذا أمر عظيم.

والواقع أن الغالب من أحوال الناس أنهم إنما يريدون عند الدفع الانتفاع، ولولاه لما أعطاه، ولو أذن الراهن للمرتهن في استعمال الرهن والانتفاع به أو إعارته للعمل فإن هلك الرهن قبل الشروع في الاستعمال أو العمل أو بعد الفراغ منه يهلك بالدين لبقاء عقد الرهن، وإن هلك في حالة الاستعمال والانتفاع أو في حالة العمل المستعار له حسبما أذن به الراهن هلك أمانة، أي لا ضمان على المرتهن فلا يسقط شيء من الدين؛ لأن المرهون قبل أن يأخذ في الانتفاع على حكم قبض الرهن؛ لانعدام ما يمنعه وهو قبض الانتفاع، وإذا أخذ في الانتفاع ضمن بالهلاك؛ لأن قبض الإعارة قبض أمانة، وقبض الرهن قبض ضمان، فإذا جاء أحدهما انتفى الآخر، ثم إذا فرغ من الانتفاع فقد انتهى قبض الإعارة فعاد قبض الرهن، وكذلك لو استعاره[٢].

---

(١) يستفاد حكم الفقرة الأولى من الدر ورد المحتار من أوائل فصل في مسائل متفرقة من الرهن: ٦/ ٥١٢، ٣٣٧، وباقي فقراتها منهما أوسط باب التصرف في الرهن: ٦/ ٥٠٩ حيث جاء: « ولو أذن الراهن للمرتهن في استعماله أو إعارته للعمل فهلك الرهن قبل أن يشرع في العمل أو بعد الفراغ منه هلك بالدين؛ لبقاء عقد الرهن، و لو هلك في حالة العمل والاستعمال هلك أمانة؛ لثبوت يد العارية حينئذ، ولو اختلفا في وقته أي وقت هلاكه، فقال المرتهن: هلك في وقت العمل، وقال الراهن: في غيره، فالقول للمرتهن؛ لأنه منكر والبينة للراهن؛ لأنهما اتفقا على زوال يد الرهن فلا يصدق الراهن في العود إلا بحجة ».

(٢) بدائع الصنائع: ٦/ ١٤٧.

وتتفق هذه المادة مع ما ورد في المادة (١٠٩٩) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[١]، ونصها:

١ - « ليس للدائن أن ينتفع بالشيء المرهون دون مقابل.

٢ - وعليه أن يستثمره استثمارًا كاملًا، ما لم يتفق على غير ذلك.

٣ - وما حصل عليه الدائن من صافي الربح وما استفاده من استعمال الشيء يستنزل من المبلغ المضمون بالرهن، ولو لم يكن قد حل أجله، على أن يكون الاستنزال أولًا من قيمة ما أنفقه في المحافظة على الشيء والإصلاحات، وما دفعه من التكاليف، ثم مما استحقه من التعويضات، ثم من المصروفات، ثم من أصل الدين.

وهو ما جاء كذلك في المواد (١١٠٤) مدني مصري، (١٣٤٠) عراقي، (١٣٩٣) مدني أردني، وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (١٨٥) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أحمد على أنه: « يجوز للراهن الانتفاع بالرهن بإذن المرتهن، ويجوز انتفاع المرتهن بالرهن بإذن الراهن، ما لم يكن الدين قرضًا ».

ونصت المادة (١٣٢) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك على ما يأتي: « يجوز للمرتهن أن يشترط منفعة الرهن لنفسه إن عينت مدتها بزمن أو عمل وحسبت من الدين، سواء كان دينًا من بيع أو من قرض، فإن لم تحسب من الدين منع اشتراطها له إن كان الدين من قرض، وجاز إن كان من بيع ».

***

❁ (مادة ٩٨٦): المصاريف اللازمة لحفظ الرهن وصيانته[٢] تكون على المرتهن[٣] والمصاريف اللازمة لنفقته، كعمارته لو عقارًا، أو سقي الأرض، وتلقيح الشجر، وكل ما به إصلاحه وبقاؤه يكون على الراهن، وكل ما وجب على أحدهما فأداه الآخر، فإن كان أداه بأمر القاضي ويجعله دينًا له على الآخر فله الرجوع عليه به، وإن أداه بلا أمر القاضي فهو متبرع

---

(١) المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة (١٠٩٩) ص: ٤٣٩.

(٢) هذه المادة تتفق مع المادة (١٠٩٨) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٣) جاء في مجمع الأنهر ٢/ ٥٨٩: « وعلى المرتهن مؤنة حفظه - أي الرهن - أي ما يحتاج في حفظ نفس الرهن، ومؤنة رده - أي رد الرهن - إلى يد المرتهن إن خرج من يده كجُعل الآبق إن كانت قيمة الرهن مثل الدين، وإن كانت أقل منه فالمؤنة عليه بطريق الأولى، وكذا عليه مؤنة علاجه، فمداواته على المرتهن؛ لأن الإمساك حق واجب عليه فتكون المؤنة عليه كأجرة بيت حفظه وأجرة حافظه»، وإلى هذا ذهبت المادة (٧٢٣) من مجلة الأحكام العدلية.

لا رجوع له على الآخر بشيء مما أداه[١].

من حفظ الرهن من وجوب أجرة بيت حفظه وحافظه ومأوى الغنم على المرتهن؛ لأن الحفظ عليه، حتى لو شرط الراهن للمرتهن أجرًا على حفظه فحفظ لا يستحق شيئًا من الأجر؛ لأن حفظ الرهن عليه فلا يستحق الأجر بإتيان ما هو واجب عليه، بخلاف المودَع إذا شرط للمودع أجرًا على حفظ الوديعة أن له الأجر؛ لأن حفظ الوديعة ليس بواجب عليه فجاز شرط الأجر له، وأجرة الحافظ عليه؛ لأنها مؤنة الحفظ والحفظ عليه وكذا أجرة المسكن والمأوى، وروي عن أبي يوسف أن كراء المأوى على الراهن وجَعَله بمنزلة النفقة، والأصل فيه أن كل ما يحتاج إليه لمصلحة الرهن بنفسه وبقائه فعلى الراهن؛ لأنه ملكه، وكل ما كان لحفظه فعلى المرتهن؛ لأن حبسه له.

وكل ما وجب على الراهن فأداه المرتهن بغير إذنه أو وجب على المرتهن فأداه المرتهن بغير إذنه فهو متطوع؛ لأنه قضى دين غيره بغير أمره، فإن فعل بأمر القاضي يرجع على صاحبه؛ لأن القاضي له ولاية حفظ أموال الناس صيانة لها عن الهلاك، والإذن بالإنفاق مع الرجوع على صاحبه بما أنفق طريق صيانة المال، وكذا إذا فعل أحدهما بأمر صاحبه يرجع عليه؛ لأنه صار وكيلًا عنه بالاتفاق.

وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة - رحمهما اللَّه -: أن الراهن إن كان غائبًا فاتفق المرتهن بأمر القاضي يرجع عليه، وإن كان حاضرًا لم يرجع عليه، وقال أبو يوسف ومحمد: يرجع في الحالين جميعًا؛ بناء على أن القاضي لا يلي الحاضر عنده، وعندهما: يلي عليه، وهي مسألة الحجر على الحر[٢].

وتتفق هذه المادة مع ما ورد في المادة (٥٣٠) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، والتي تنص على أنه : « يعتبر تبرعًا، ما أداه الراهن أو المرتهن مما وجب على صاحبه بغير أمر القاضي، ويرجع بما أدى إن كان بأمر القاضي وجعله دينًا ».

---

(١) يستفاد حكم فقرتيها من الدر ورد المحتار من أواخر كتاب الرهن : ٦/ ٤٩٠.
وجاء في مجمع الأنهر ٢/ ٥٩٠: « وما أداه أحدهما - أي الراهن والمرتهن - مما وجب على صاحبه بلا أمر فهو تبرع فيما أداه، كما قضى دينًا بغير أمره، وما أداه مما وجب على صاحبه بأمر القاضي يرجع المؤدي به، أي بما أداه، وقيد صاحب « المنح » في متنه بقوله: ويجعله دينًا على الآخر، وعن الإمام أنه لا يرجع به أيضًا إن كان صاحبه حاضرًا، وإن كان بأمر القاضي؛ لأنه يمكنه أن يرجع الآمر إلى القاضي فيأمر صاحبه بذلك، وقال أبو يوسف: يرجع في الوجهين، وإلى هذا ذهبت المادة (٧٢٥) من مجلة الأحكام العدلية.

(٢) بدائع الصنائع : ٦/ ١٥١.

وتتفق هذه المادة مع ما ورد في المادة (١٠٩٨) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[1]، ونصها:

١ - « إذا تسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون، فعليه أن يقوم بحفظه وإدارته، وأن يبذل في ذلك من العناية ما يبذله الشخص العادي، وليس له أن يغير من طريقة استغلال الشيء المرهون إلا برضاء الراهن، ويجب عليه أن يبادر بإخطار الراهن عن كل أمر يقتضي تدخله، وبوجه خاص: إذا كان الشيء مهددًا بالهلاك أو التلف أو نقص القيمة.

٢ - فإذا أخل الدائن بأي من الالتزامات المذكورة في الفقرة السابقة كان للراهن الحق في أن يطلب وضع الشيء تحت الحراسة أو أن يسترده مقابل دفع ما عليه، والمادة المذكورة تقابل المادتين (١٣٣٨ ، ١٣٣٩) من التقنين العراقي، والمادتين (١٣٩١ ، ١٣٩٤) من التقنين الأردني، والمادتين (١٠٣٧ ، ١٠٣٩) من التقنين الكويتي.

وفي الفقه الإسلامي جاء في البدائع : ٨/ ٣٧٥٣، مطبعة الإمام أن : « الحفظ على المرتهن، حتى لو شرط الراهن للمرتهن أجرًا على حفظه فحفظ لا يستحق شيئًا من الأجر؛ لأن حفظ الرهن عليه فلا يستحق أجرًا بإتيان ما هو واجب عليه ».

***

---

(١) المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة (١٠٩٨) ص: ٤٣٨.

الفَصْلُ الرَّابعُ

فيما يترتب على المرتهن والراهن عند هلاك الرهن

❁ **(مادة ٩٨٧): يجب على المرتهن أن يعتني بحفظ الرهن كاعتنائه بحفظ ماله، وله أن يحفظه بنفسه وزوجته وولده وغيرهما ممن هو في عياله الساكنين معه، وما جرى مجراهم ممن يأتمنه على حفظ ماله[(١)].**

للمرتهن أن يحفظ الرهن بنفسه وزوجته، وولده،وخادمه الذي في عياله، وأجيره مشاهرة أو مسانـهة؛ لأن العـبرة بالمساكـنة لا بالنفقة، حتى إن الزوجة لو دفعـت الرهـن إلى الزوج لا يضمن إن هلك مع أن الزوج ليس في نفقتها[(٢)].

وقد نصَّت المادة (٥٢٦) من تقنين الشريعة على مذهب أبي حنيفة أن: « للمرتهن أن يحفظ الرهن بنفسه أو زوجته أو ولده أو خادمه الساكنين معه ».

وهو ما جاء كذلك في المادة (١٣٩١) مدني أردني، ونصها:

« على المرتهن أن يحفظ المرهون حيازيًّا بنفسه أو بأمينه، وأن يُعْنَى به عناية الرجل المعتاد، وهو مسؤول عن هلاكه أو تعيبه، ما لم يثبت أن ذلك يرجع إلى سبب لا يد له فيه... ».

وهو ما جاء في المواد (١١٠٣) مدني أردني، (١٣٣٨ ، ١٣٣٩) عراقي، (١٠٣٧) كويتي.

***

❁ **(مادة ٩٨٨): الرهن مضمون على المرتهن بهلاكه بعد قبضه بالأقل من قيمته، ومن الدين، وتعتبر قيمته يوم قبضه لا يوم هلاكه[(٣)].**

الرهن مضمون على المرتهن بهلاكه بعد قبضه بالأقل من قيمته، ومن الدين.

وفي المادة (٥١٦) من تقنين الشريعة على مذهب أبي حنيفة أنه: « إذا هلك الرهن

---

(١) يستفاد حكمها من الدر ورد المحتار من أواخر كتاب الرهن : ٦/ ٤٩٠.

(٢) مجمع الأنهر : ٢/ ٥٨٨، ٥٨٩.

(٣) يستفاد حكمها من الدر من أوائل كتاب الرهن : ٦/ ٤٧٩ وما بعدها حيث جاء: « أن الرهن مضمون إذا هلك بالأقل من قيمته ومن الدين، وعند الشافعي: هو أمانة، والمعتبر قيمته يوم القبض لا يوم الهلاك، كما توهمه في الأشباه لمخالفته للمنقول، كما حرره المصنف ».

يضمن بالأقل من قيمته ومن الدين، وتعتبر القيمة يوم قبضه، ويهلك على ملك الراهن ».

ومن المسلم به أن المرهون في الرهن الحيازي تحت يد المرتهن، بخلاف الرهن الرسمي فإنه في يد الراهن، ولما كان المرتهن مسؤولًا عن حفظ المرهون رهنًا حيازيًّا فإنه يكون مسؤولًا عن هلاكه أو تعيبه، وقد اختلف الفقهاء في تحديد هذه المسؤولية، فذهب الأحناف إلى أنه يكون مضمونًا عند هلاكه في يد المرتهن بالأقل من قيمته ومن الدين، وعند الشافعي: يد المرتهن في الرهن يد أمانة فلا يضمن إلا بالتعدي أو التقصير، وهو ما جاء في المادة (١٣٩٦) مدني أردني، ونصها:

١ - « إذا هلك المرهون في يد المرتهن ضمن قيمته يوم القبض.

٢ - وإذا كانت قيمته مساوية لقيمة ضمانه سقط الدين، سواء كان الهلاك بتعدي المرتهن أم لا.

٣ - وإذا كانت قيمته أكثر من الدين سقط الدين عن الراهن، وضمن المرتهن الباقي إن كان الهلاك بتعديه أو تقصيره في حفظه.

٤ - وإذا كانت قيمته أقل من الدين سقط من الدين بقدره ، ويرجع الدائن بما بقي له على الرهن ».

***

❁ (مادة ٩٨٩)[١]: إذا هلك الرهن في يد المرتهن وكانت قيمته مساوية لقدر الدين سقط الدين بتمامه عن الراهن، وصار المرتهن مستوفيًا لحقه، سواء كان هلاكه بتعدي المرتهن أو بآفة سماوية[٢].

لو هلك كل الرهن في يد المرتهن، وهما - أي الرهن والدين - سواء أي متساويان في المقدار، صار المرتهن مستوفيًا لدينه حكمًا، فلا يطلب المرتهن من الراهن، ولا الراهن من المرتهن شيئًا[٣]، سواء كان المرتهن متعديًا أو مقصرًا في الحفظ أو لم يتعد فيه، وقد تقدم ما يفيد اتفاق نصوص القوانين العربية مع هذا.

***

(١) أرقام المواد من « ٩٨٩ » إلى « ١٠٣٥ » ذكرت خطأ في طبعة دار الفرجاني والمثبت هو الصحيح.

(٢) يستفاد حكمها من الدر من أوسط كتاب الرهن ص : ٣١٠، وكذا ما بعدها من المادة الثانية والفقرة الأولى من الثالثة والفقرة الثانية منها يستفاد حكمها من تنقيح الحامدية من أوائل كتاب الرهن ص : ٢٦٥.

(٣) انظر: مجمع الأنهر : ٢/ ٥٨٦ وانظر: الدر المختار : ٦/ ٤٨١.

❁ (مادة ٩٩٠): إذا هلك الرهن في يد المرتهن، وكانت قيمته أكثر من الدين سقط الدين عن الراهن، أما الزيادة فلا تلزم المرتهن ولا يضمنها للراهن إن كان هلاك الرهن بدون تعديه، ويكون عليه ضمانها للراهن إن كان هلاك الرهن ناشئًا عن تعديه أو تقصيره في حفظه، أو حفظه عند غير من يأتمنه على حفظ ماله.

إن كانت قيمته - أي الرهن - أكثر من الدين فالزائد أمانة في يد المرتهن، لما روي عن عليٍّ ﷺ أنه قال: « المرتهن أمين في الفضل »، ولأن المضمون يقع بقدر ما يقع به الاستيفاء، وذلك بقدر الدين، فلا يدخل الفضل في ضمانه، خلافًا لزفر؛ إذ عنده مضمون بقيمة الهلاك لا بالأقل منهما، فيدخل الفضل في ضمانه بالهلاك؛ لأن الفضل عن الدين مرهون؛ لكونه محبوسًا به فيكون مضمونًا[1].

***

❁ (مادة ٩٩١): إذا هلك الرهن في يد المرتهن وكانت قيمته أقل من الدين سقط من الدين بقدره، ورجع المرتهن بما بقي له من الدين على الراهن، وكذلك الحكم إذا نقص الرهن قدرًا أو وصفًا في يد المرتهن فإنه يسقط من الدين بقدره.

إن كان الدين أكثر من قيمة الرهن سقط منه - أي من الدين - قدر قيمة الرهن، وطولب الراهن بالباقي من الدين، مثلًا: إذا كان الدين مائة درهم، والرهن أيضًا يساوي مائة درهم فهلك من غير تعد صار المرتهن مستوفيًا دينه حكمًا، ولا يبقى له مطالبة على الراهن، فإن كان الرهن يساوي مائة وخمسين درهمًا مثلًا؛ فالخمسون أمانة في يده فلا يضمنها إلا بالتعدي، وإن كان الرهن يساوي تسعين يصير المرتهن مستوفيًا من دينه تسعين درهمًا، ويرجع على الراهن بعشرة دراهم[2]، وقد تقدم اتجاه القوانين المدنية العربية إلى ذلك فيما عبرت عنه المادة (١٣٩٦) مدني أردني.

***

❁ (مادة ٩٩٢): إذا كان الرهن في يد المرتهن لدين موعود به، بأن كان قد رهنه ليقرضه دينًا وسمى قدره فهلك الرهن في يد المرتهن قبل إقراضه كان مضمونًا عليه بما وعد من الدين المسمى، إذا كان الدين مساويًا لقيمة الرهن أو أقل منه قيمة، فيؤمر بتسليمه الدين للراهن جبرًا، فإن كان الدين أكثر من قيمة الرهن فهو مضمون عليه بقيمته، وإن لم يكن قدر الدين

(١) انظر مجمع الأنهر : ٢/ ٥٨٦، وانظر الدر المختار : ٦/ ٤٨١.

(٢) انظر مجمع الأنهر : ٢/ ٥٨٦، ٥٨٧، وانظر الدر المختار : ٦/ ٤٨١.

مسمى فلا ضمان على المرتهن بهلاك الرهن[١].

صح الرهن بالدين ولو موعودًا، بأن رهن ليقرضه كذا كألف مثلًا، فلو دفع له البعض، فإذا هلك هذا الرهن في يد المرتهن كان مضمونًا عليه بما وعد من الدين، فيسلم الألف للراهن جبرًا إذا كان مساويًا للقيمة أو أقل، أما إذا كان أكثر فهو مضمون بالقيمة، هذا إذا سمى قدر الدين، فإن لم يسمه بأن رهنه على أن يعطيه شيئًا فهلك في يده هل يضمن؟ خلاف بين الإمامين والأصح أنه غير مضمون[٢].

وبهذا فإنه يصح الرهن بالدين ولو كان الدين موعودًا، فإذا هلك الرهن في يد المرتهن كان مضمونًا بما وعد إذا تساوى مع الدين في القيمة أو كان أقل، ويضمن بالقيمة إذا كان أكثر من الدين[٣].

***

(مادة ٩٩٣): إذا هلك الرهن في يد المرتهن بعد استيفاء دينه من الراهن أو بعد إحالته بدينه على آخر، وكانت قيمته قدر الدين أو أكثر فإنه يهلك بالدين، ويلزم المرتهن أن يرد ما قبضه إلى الراهن وتبطل الحوالة، وإن كانت قيمته أقل من الدين يلزم المرتهن أن يرد للراهن مما قبضه قدر قيمة الرهن، ولا تبطل الحوالة فيما زاد على قيمة الرهن[٤].

الرهن مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين، فلو هلك أو تلف قبل رده إلى الراهن فإنه يضمنه، حتى لو قبض المرتهن دينه كله أو بعضه من راهنه أو غيره كمتطوع، أو شرى المرتهن بالدين عينًا، أو صالح عنه- أي عن دينه- على شيء؛ لأنه استيفاء، أو أحال الراهن مرتهنه بدينه على آخر، ثم هلك رهنه معه أي في يد المرتهن هلك بالدين، ورد ما قبض إلى من أدى في صورة إيفاء راهن أو متطوع أو شراء أو صلح، وبطلت الحوالة وهلك الرهن بالدين؛ لأنه في معنى الإبراء بطريق الأداء[٥].

***

(١) يستفاد حكمها من الدر أوسط باب ما يجوز ارتهانه : ٦/ ٤٩٤.

(٢) انظر مجمع الأنهر : ٢/ ٥٩٤، حاشية الطحطاوي : ٤/ ٢٤١.

(٣) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (٥٣٨) الطبعة التمهيدية، القسم الثاني، مجمع البحوث الإسلامية.

(٤) يستفاد حكمها من الدر أواخر فصل في مسائل شتى الرهن : ٦/ ٥٢٥.

(٥) انظر الدر المختار : ٦/ ٥٢٥.

❁ (مادة ٩٩٤): إذا استحق الرهن بعد هلاكه عند المرتهن، وقيمته قدر الدين أو أكثر فضمن المستحق قيمته للراهن صار المرتهن مستوفيًا لدينه بهلاك الدين عنده[١]، وإن ضمن المستحق المرتهن القيمة يرجع المرتهن على الراهن بالقيمة وبالدين.

إن هلك الرهن عند المرتهن فاستحق الرهن، وضمَّن المستحق الراهن قيمة ما هلك من الرهن يضمن المرتهن المرهون بدينه، وإن ضمَّن المستحق المرتهن القيمة يرجع على الراهن بقيمته التي ضمنها لضرره وبدينه لانتقاض قبضه[٢]، وفي المادة (٥٦٠) من تقنين الشريعة على مذهب أبي حنيفة أنه إذا هلك الرهن عند المرتهن ثم استحق، كان للمستحق أن يضمن الراهن قيمته ويصير المرتهن مستوفيًا دينه، أو يضمن المرتهن، ويرجع المرتهن على الراهن بالقيمة التي ضمنها وبدينه.

وقد كان الواجب أن يضمن المرتهن في الحالتين ما هلك من الرهن في مقابل دينه؛ لأن يده يد ضمان، وأن يضمن الراهن الاستحقاق سواء ضمن المستحق الراهن أو المرتهن، مع رجوع المرتهن على الراهن في ضمان الاستحقاق لو أراد المستحق تضمينه، ولا يوجد ما يسوغ زيادة الواجب على الرهن إذا طالب المستحق المرتهن بالضمان؛ حيث لن يضمن شيئًا، ويعفى من الضمان في النهاية بهذه المطالبة، وهذا الرأي نموذج للتمسك بالتقليد.

***

❁ (مادة ٩٩٥): إذا استحق بعض الرهن وهو في يد المرتهن فإن كان المستحق مشاعًا بطل الرهن فيما بقي، وإن كان معينًا بقي الرهن فيما بقي منه ويحبس بكل الدين[٣].

استحق الرهن بعضه إن شائعًا يبطل الرهن فيما بقي، وإن مفروزًا بقي فيما بقي، ويحبس بكل الدين، ويكون هلاكه بحصته، وهذه مسألة جزئية لا تقتضي التعليق والشرح.

***

❁ (مادة ٩٩٦): إذا سرق الرهن في يد المرتهن أو العدل بلا تقصير منه في حفظه، وكانت قيمته قدر الدين أو أكثر سقط الدين عن الراهن، ولا يضمن المرتهن الزيادة إلا إذا ثبت أن الرهن لم يكن موضوعًا في حرز مثله[٤].

---

(١) يستفاد حكمها مع فقرتيها من الهندية من أوائل الباب الثالث في هلاك المرهون ص : ٤٤٥، ومن الدر أيضًا من أواخر باب الرهن يوضع على يد عدل : ٦/ ٥٠٧.

(٢) انظر الدر المختار : ٦/ ٥٠٧.

(٣) يستفاد حكمها من الدر أواخر فصل في مسائل شتى في الرهن : ٦/ ٥٢٣.

(٤) يستفاد حكمها من تنقيح الحامدية من أوائل كتاب الرهن : ٢/ ٢٢٩.

على المرتهن حفظ الرهن بما يحفظ به ماله، ويهلك بدينه سواء كان الهلاك بتعديه أم لا، وهذا إذا كانت قيمته مساوية للدين، فإن كانت قيمته أقل فيسأل الراهن عن الفرق بين قيمة المرهون وقيمة الدين، ويرد هذا الفرق إلى المرتهن، أما إن كانت قيمته أكثر فإن الزائد أمانة في يد المرتهن لا يضمنها إلا بالتعدي أو التقصير في الحفظ، جاء في تنقيح الفتاوى الحامدية : سئل فيما إذا سرق الرهن من عند المرتهن بلا تعدٍّ منه ولا تقصير في حفظه، وكانت قيمته تزيد على الدين فهل يسقط الدين ولا يضمن المرتهن الزيادة؟ الجواب : نعم كما في المتون[1]؛ وذلك لأن الزيادة أمانة غير مضمونة إلا بالتعدي أو التقصير.

***

(مادة ٩٩٧): إذا هلكت زوائد الرهن في يد المرتهن فإنها تهلك مجانًا[2].

زوائد الرهن أمانة في يد المرتهن لا تضمن إلا بالتعدي أو التقصير، فإن هلكت في يده دون تعديه أو تقصيره في حفظها لم يضمنها، وكذا لو استهلكها المرتهن بإذن الراهن فلا يضمنها، ولذا لو أذن الراهن للمرتهن في أكل زوائد الرهن بأن قال له: مهما زاد فكله فأكلها فلا ضمان عليه، أي على المرتهن؛ لأنه أتلفه بإذن المالك، ولا يسقط بشيء من الدين.

قال في الجواهر: رجل رهن دارًا وأباح السكنى للمرتهن فوقع بسكناه خلل وخرب البعض لا يسقط شيء من الدين؛ لأنه لما أباح له السكنى أخذ حكم العارية، حتى لو أراد منعه كان له ذلك.

وفي المضمرات: ولو رهن شاة فقال له الراهن: كل ولدها واشرب لبنها فلا ضمان عليه، وكذا لو أذن له في ثمرة البستان فصار أكله كأكل الراهن، وقيل: يكره للمرتهن أن ينتفع بالرهن وإن أذن له الراهن.

وفي المادة (٥٧٩) من تقنين الشريعة على مذهب أبي حنيفة: أنه إذا أذن الراهن للمرتهن في الانتفاع بزوائد الرهن، فله الانتفاع ولا ضمان عليه، فإن هلك الرهن قبل أن يفتكه الراهن، قسم الدين على قيمة الأصل، وعلى قيمة الزيادة المنتفع بها ويسقط من الدين ما أصاب الأصل، ويطالب المرتهن الراهن بما يقابل الزيادة.

وقد تضمنت المادة (١٣٩٣) مدني أردني النص على حق المرتهن في الانتفاع بالمرهون وثمرته وزوائده بإذن الراهن، ونصها:

---

(١) تنقيح الفتاوى الحامدية : ٢/ ٢٢٩.

(٢) يستفاد حكمها من الدر من أوائل فصل في مسائل شتى الرهن : ٦/ ٥٢٢.

١ - « لا يجوز للمرتهن أن ينتفع بالمرهون حيازيًّا، منقولًا أو عقارًا بغير إذن الراهن.

٢ - فإذا أذن الراهن وأباح له الانتفاع بنفسه بلا شرط من الدائن فله الانتفاع بنفسه، ولا يسقط شيء من الدين في مقابلة ذلك.

٣ - وللمرتهن أن يستغله استغلالًا كاملًا بإذن الراهن على أن يحسم ما حصل عليه من الغلة، أولًا من النفقات التي أداها عن الراهن، وثانيًا من أصل الدين ».

***

❁ (مادة ٩٩٨): إذا ادعى المرتهن هلاك الرهن يصدق بيمينه، ولا يضمن ما زاد من قيمة الرهن على قدر الدين[١].

لو ادعى المرتهن هلاك الرهن عنده، وأنكره الراهن فإن القول للمرتهن بيمينه، لأنه أمين كالمودع والمستعير[٢].

***

(١) يستفاد حكمها من تنقيح الحامدية من أوائل كتاب الرهن ص : ٢٦٦.

(٢) انظر رد المحتار : ٦/ ٤٨٨.

الفَصْلُ الخَامِسُ

في سداد الدين من الرهن

❁ (مادة ٩٩٩): إذا حل أجل الدين يجبر الراهن على بيع الرهن، ووفاء الدين من ثمنه إن لم يدفعه ويفك الرهن[١].

يباع المرهون للوفاء بالدين عند حلول أجله إذا لم يفتكه الراهن بالوفاء بالدين؛ لأن المقصود من الرهن تسليط المرتهن على العين المرهونة لاستيفاء حقه منها إذا تعذر استيفاء هذا الحق من غير هذا الطريق.

جاء في تنقيح الفتاوى الحامدية:

سئل فيما إذا استدان زيد من عمرو مبلغًا معلومًا من الدراهم إلى أجل معلوم، ورهن عنده على ذلك رهنًا مسلَّمًا يساوي قدر الدين، ثم حل الأجل ودفع له زيد دينه وطلب رهنه، فادعى عمرو أنه فُقِد، فهل يضمن ويرد ما استوفاه إلى الراهن؟ الجواب : نعم، قال العيني في شرح الكنز: فلو هلك الرهن بعد قضاء الدين قبل تسليمه إلى الراهن استرد الراهن ما قضاه من الدين؛ لأنه تبين بالهلاك أنه صار مستوفيًا من وقت القبض السابق، فكان الثاني استيفاء بعد استيفاء فيجب رده، ومثله في البزازية في الثالث من الضمان، ومثله في فتاوى الكازروني.

وتتفق هذه المادة مع المادة (١٠٦٣) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[٢]، ونصها:

١ - « يجوز للدائن المرتهن، عند حلول أجل الدين، أن ينزع ملكية العقار المرهون في يد الحائز لهذا العقار، إلا إذا اختار الحائز أن يقضي الدين، أو يطهر العقار من الرهن، أو يتخلى عنه.

٢ - ويعتبر حائزًا للعقار المرهون كل من انتقلت إليه - بأي سبب من الأسباب غير الميراث - ملكية هذا العقار، أو أي حق عيني آخر عليه قابل للرهن، دون أن يكون مسؤولًا مسؤولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن ».

---

(١) يستفاد حكم هذه المادة والمادة بعدها من رد المحتار أواخر باب ما يجوز ارتهانه... إلخ : ٦/ ٥٢٥ من أوائل كتاب الرهن من تنقيح الحامدية : ٢/ ٢٢٩.

(٢) المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة (١٠٦٣) ص : ٤٢٦.

وهو ما جاء في المادة (١٣٤٢) مدني أردني.

***

❁ (مادة ١٠٠٠): إذا امتنع الراهن من أداء الدين وعن بيع الرهن ووفائه من ثمنه بعد أمر الحاكم له بذلك يبيعه الحاكم قهرًا ويعطى الدين من ثمنه، وإن كان الرهن دار سكناه وليس له غيرها.

إذا كان الراهن حاضرًا وامتنع عن بيع المرهون أو الوفاء بالدين بعد حلول أجله، فإن القاضي يجبره على بيعه للمرتهن للوفاء بحقه والعهدة على الراهن، وبه أفتى في « الحامدية »، وحرر في « الخيرية » أنه يجبره على بيعه، وإن كان دارًا ليس له غيرها يسكنها؛ لتعلق حق المرتهن بها بخلاف المفلس[١].

***

❁ (مادة ١٠٠١): إذا حل أجل الدين[٢] والراهن غائب غيبة منقطعة بأن لم يعلم مكانه، يرفع المرتهن الأمر إلى الحاكم فيبيع الحاكم الرهن ويقضي منه دينه[٣].

إذا غاب الراهن غيبة منقطعة ولم تعلم حياته ومماته، لم تمكن مراجعته يراجع المرتهن الحاكم؛ لأجل بيع الرهن بقيمته الحقيقية واستيفاء مطلوبه منه، يعني أن المرتهن يأخذ إذنًا من الحاكم ببيع الرهن، ويبيعه بناء على الإذن الذي يعطيه الحاكم ويستوفي مطلوبه منه، وإذا باعه الحاكم بالذات بناء على مراجعة المرتهن أو بمعرفة أمينه وأدى مطلوب المرتهن جاز ذلك أيضًا، وفي هذه الصورة: إذا جاء بدل الرهن مساويًا للدين فبها، وإذا بقي فضل يحافظ عليه الحاكم بمعرفة القيم الذي ينصبه لأجل الغائب، ونظرًا للأصول المرعية اليوم يحفظ هذا الفضل في خزائن دوائر الإجراء، وإن ناقصًا يأخذ المرتهن النقصان عند ظفره به من الراهن، كما أنه لو توفي الراهن يبيع الحاكم الرهن أو يأذن للعدل ببيعه[٤].

***

❁ (مادة ١٠٠٢): إذا خيف على الرهن التلف والراهن غائب لا يعرف مكانه يبيعه المرتهن بإذن الحاكم، أو يبيعه الحاكم ويكون ثمنه رهنًا مكانه، وإن باعه المرتهن بدون إذن الحاكم

---

(١) رد المحتار : ٦/ ٥٠٢.

(٢) في طبعة دار الفرجاني « الذين » والمثبت من طبعة نظارة المعارف وهو الصحيح.

(٣) يستفاد حكم هذه المادة من أواخر باب ما يجوز ارتهانه... إلخ من الدر ورد المحتار : ٦/ ٥٠٢ حيث جاء: « غاب الراهن غيبة منقطعة فرفع المرتهن أمره للقاضي ليبيعه بدينه ينبغي أن يجوز ».

(٤) المادة (٧٥٨) من مجلة الأحكام العدلية.

مع إمكان الاستئذان قبل تلفه كان ضامنًا لقيمته بالغة ما بلغت[١].

ليس للمرتهن بيع ثمرة الرهن وإن خاف تلفها؛ لأن له ولاية الحبس لا البيع، ويمكن رفعه إلى القاضي، حتى لو كان في موضع لا يمكنه الرفع للقاضي، أو كان بحال يفسد قبل أن يرفع جاز له أن يبيعه.

« وإن باعه بغير أمره ضمن؛ لأن ولاية البيع نظرًا للمالك لا تثبت إلا للحاكم، ويؤخذ من هذا جواز بيع الدار المرهونة بإذن القاضي إذا تداعت للخراب، وكانت واقعة الفتوى »[٢].

وقد نصت المادة (٧٥٩) من مجلة الأحكام العدلية على ما يلي: « إذا خيف من فساد الرهن فللمرتهن أن يبيعه بإذن الحاكم، ويبقى الثمن في يده، وإذا باعه بدون إذن الحاكم يكون ضامنًا، كذلك إذا أدركت ثمار وخضرة الكرم والبستان المرهون، وخيف من هلاكها يمكن بيعها برأي الحاكم، وإذا باعها المرتهن من ذاته كان ضامنًا ».

وتتفق هذه المادة مع ما ورد في المادة (١١٠٤) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[٣]، ونصها:

١ - « إذا كان الشيء المرهون مهددًا بالهلاك أو التلف أو نقص القيمة بحيث يخشى أن يصبح غير كاف لضمان حق الدائن، ولم يطلب الراهن رده إليه مقابل شيء آخر يقدم بدله، جاز للدائن أو الراهن أن يطلب من القاضي الترخيص له في بيعه بالمزاد العلني أو بسعره في البورصة أو السوق، ولو كان ذلك قبل حلول أجل الدين.

٢ - ويجوز للراهن إذا عرضت فرصة لبيع الشيء وكان البيع صفقة رابحة، أن يطلب من القاضي الترخيص له في بيع هذا الشيء، ولو كان ذلك قبل حلول أجل الدين.

٣ - وفي الحالتين يفصل القاضي في أمر إيداع الثمن عند الترخيص بالبيع، وينقل حق الدائن في هذه الحالة من الشيء إلى ثمنه ».

هذه المادة تتفق مع المادتين (١١١٩ و ١١٢٠) من القانون المدني المصري.

فالمادة (١١١٩) من هذا القانون تنص على ما يأتي:

١ - « إذا كان الشيء المرهون مهددًا بالهلاك أو التلف أي نقص القيمة، بحيث يخشى أن

---

(١) يستفاد حكمها من أوسط كتاب الرهن من تنقيح الحامدية ص : ٢٧٢.

(٢) رد المحتار : ٦/ ٥٠٢.

(٣) المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية (مادة ١١٠٤) ص : ٤٤٢.

يصبح غير كاف لضمان حق الدائن، ولم يطلب الراهن رده إليه مقابل شيء آخر يقدم بدله، جاز للدائن أو الراهن أن يطلب من القاضي الترخيص له في بيعه بالمزاد العلني أو بسعره في البورصة أو السوق.

٢ - ويفصل القاضي في أمر إيداع الثمن عند الترخيص في البيع، وينتقل حق الدائن في هذه الحالة من الشيء إلى ثمنه ».

والمادة (١١٢٠) من هذا القانون تنص على ما يأتي: « يجوز للراهن إذا عرضت فرصة لبيع الشيء المرهون وكان البيع صفقة رابحة، أن يطلب من القاضي الترخيص له في بيع هذا الشيء، ولو كان ذلك قبل حلول أجل الدين، ويحدد القاضي عند الترخيص شروط البيع ويفصل في أمر إيداع الثمن ».

والمادة المذكورة تتفق مع المادتين (١٤٠٦ و ١٤٠٧) من التقنين الأردني، والفقرتان الأولى والثالثة منها تتفقان مع المادة (١٠٥٢) من التقنين الكويتي.

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة (١٧٣) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام الشافعي على أنه: « إذا كان المرهون مما لا يسرع إليه الفساد، ثم طرأ عليه ما عرضه للفساد ولم ينفسخ الرهن، بيع المرهون وجعل ثمنه رهنًا مكانه ».

***

❁ (مادة ١٠٠٣): الوكيل ببيع الرهن يبيعه عند حلول الأجل ويقضي الدين منه، فإن امتنع الوكيل وكان الراهن غائبًا يجبر الوكيل على البيع، وإن كان الراهن حاضرا لا يجبر الوكيل بل يجبر الراهن على بيعه، فإن امتنع يبيعه الحاكم ويوفى الدين من ثمنه[1].

والوارث بعد موت الراهن كالراهن فيما ذكر.

إن وكل الراهن العدل أو المرتهن أو غيرهما ببيع الرهن عند حلول الدين صح التوكيل؛ لأن الرهن ملكه، فله أن يوكل من شاء من هؤلاء ببيع ماله معلقًا ومنجزًا، فإن حل الأجل والراهن أو وارثه بعد موته غائب، وأبى الوكيل أن يبيعه، أجبر الوكيل على بيعه، بأن يحبسه القاضي أيامًا، فإن لج بعد الحبس أيامًا فالقاضي يبيع عليه[2].

ويصح للراهن توكيل من هو أهل للوكالة لبيع الرهن عند حلول الأجل، ولا يعزل الوكيل

---

(١) يستفاد حكمها من الدر ورد المحتار من أوسط باب الرهن يوضع على يد عدل : ٦/ ٥٠٣، ٥٠٤ والمادتين (٧٦٠، ٧٦١) من مجلة الأحكام العدلية.

(٢) مجمع الأنهر : ٢/ ٦٠٠، ٦٠١.

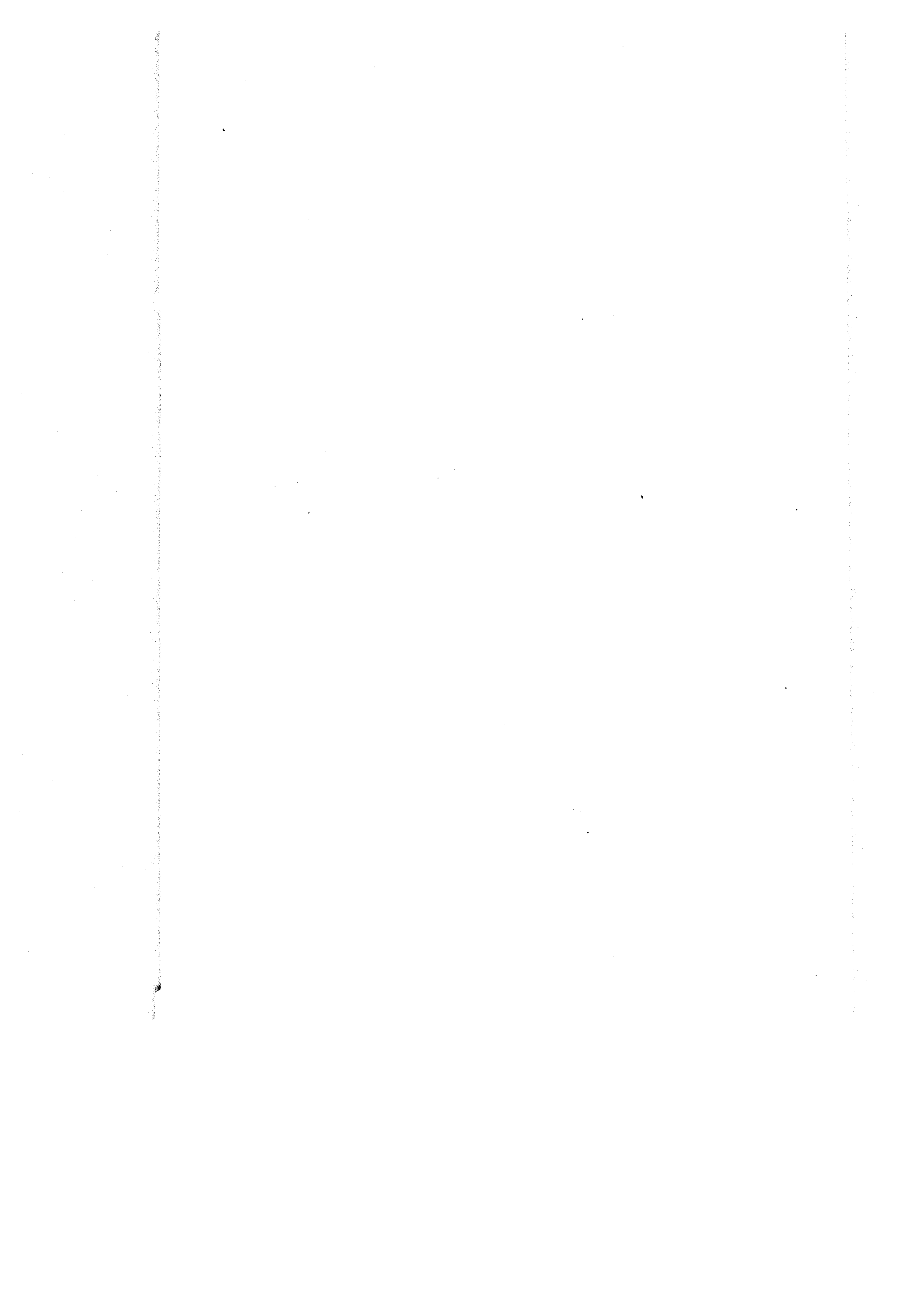
بعزل الراهن له إن شرطت الوكالة في عقد الرهن إلا برضاء المرتهن، ولا ينعزل بموت الراهن والمرتهن[١].

وإذا حل الأجل في غيبة الراهن وامتنع الوكيل عن بيع الرهن يجبر عليه، وإن كانت الوكالة مشروطة بعد عقد الرهن[٢].

***

(١) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (٥٥٤).

(٢) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (٥٥٥).



كتاب الصلح



❁ **(مادة ١٠٠٤): الصلح عقد وضع لرفع النزاع وقطع الخصومة بين المتصالحين بتراضيهما**[١].

الصلح لغة : اسم بمعنى المصالحة التي هي خلاف المخاصمة، وأصله بمعنى الصلاح الذي هو بمعنى استقامة الحال.

واصطلاحًا: هو عقد يرفع النزاع بالتراضي، أي بتراضي الطرفين المتخاصمين، ويزيل الخصومة ويقطعها بالتراضي، وركنه عبارة عن الإيجاب والقبول، وينعقد، ويصح بحصول الإيجاب من طرف والقبول من الطرف الآخر، فهو عقد يرفع النزاع بالتراضي.

وبهذا فإن الصلح عقد يرفع النزاع بين المدعي والمدعى عليه، ولا يصح إلا بالتراضي، شأنه في ذلك شأن العقود الأخرى.

وقد جاء في المادة (١٥٣١) من المجلة العدلية، والمادة (٨١٦) من تقنين الشريعة على مذهب أبي حنيفة أن: « الصلح عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة ».

ولا يخرج عن ذلك تعريف هذا العقد في القوانين المدنية العربية، ففي المادة (٦٤٧) مدني أردني أن: «الصلح عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بين المتصالحين بالتراضي »، وهو ما جاء كذلك في المادة (٥٤٩) مدني مصري، ونصها: « الصلح عقد يحسم به الطرفان نزاعًا قائمًا أو يتوقيان به نزاعًا محتملًا، ذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه »، وطبقًا لذلك فإن العملية القانونية المقصودة من عقد الصلح هي حسم نزاع قائم، أو توقي نزاع محتمل.

***

❁ **(مادة ١٠٠٥): يصح الصلح عن الحقوق المقر بها المدعى عليه، والمنكر لها، والتي لم يبد فيها إقرارًا ولا إنكارًا**[٢].

تقدم أن محل الصلح هو حسم نزاع قائم في الحقوق التي ينكر الطرفان بعضها، ويقصد به كذلك توقي نزاع محتمل في الحقوق المعترف بها من قبل الطرفين، ولذا لا يشترط قيام النزاع في الحقوق التي يرد الصلح عليها، ولهذا يصح الصلح بين السارق وصاحب المال المسروق، ويبرأ السارق من الخصومة بإعطاء المال للمصالح، وحد السرقة لا يثبت من غير خصومة، أخذ سارقًا من دار غيره، فأراد رفعه إلى صاحب المال، فدفع له السارق مالًا على

(١) تستفاد من الدر أول كتاب الصلح ص : ٧٢٤، من الهندية أول الباب الأول في تفسيره... إلخ ص : ٢١٣.

(٢) يستفاد حكمها من الدر من أوائل كتاب الصلح : ٥/ ٦٢٩.

أن يكف عنه يبطل، ويرد البدل إلى السارق؛ لأن الحَق ليس له.

وقد جاء في الفقرة الأولى من المادة (٦٥٢) مدني أردني، ونص هذه المادة:

١ - « يصح الصلح عن الحقوق، سواء أقر بها المدعى عليه أو أنكرها، أو سكت ولم يبد فيها إقرارًا ولا إنكارًا.

٢ - إذا وقع الصلح في حالة الإقرار على بدل معين يدفعه المقر، فهو في حكم البيع، وإن كان على المنفعة، فهو في حكم الإجارة.

٣ - وإذا وقع عن إنكار أو سكوت، فهو في حق المدعي معاوضة، وفي حق المدعى عليه افتداء لليمين وقطع الخصومة ».

***

(مادة ١٠٠٦): يشترط أن يكون المصالح عنه حقًّا للمصالح ثابتًا في المحل يجوز أخذ البدل في مقابلته، سواء كان مالًا كالعين والدين، أو غير مال كالمنفعة وحق القصاص والتعزير، ويشترط أن يكون معلومًا إن كان مما يحتاج إلى التسليم(١).

يشترط في المصالح عنه أن يكون حقًّا للمصالح ثابتًا في المحل، أما إذا كان المصالح عنه ليس حقًّا للمصالح، كأن يكون حقًّا لله تعالى، فلا يجوز الصلح عنه؛ لأن الاعتياض عن حق الغير لا يجوز، وكل ما يعود نفعه إلى العامة، فهو من حقوق اللّٰه تعالى فالصلح عنه باطل؛ لأن المصالح بالصلح متصرف على العباد، وذلك لما في استيفاء بعض الصلح من معنى الحقوق وإسقاط الباقي، أو المعاوضة، وكل ذلك لا يجوز بغير ملك أو ولاية.

وعلى هذا فإذا أخذ رجل زانيًا أو سارقًا أو شارب خمر، وأراد أن يرفعه إلى الحاكم، فصالحه المأخوذ على مال؛ ليترك ذلك فالصلح باطل، وله أن يرجع عليه بما دفع إليه من

---

(١) يستفاد حكمها من أوائل كتاب الصلح من الدر وتكملة رد المحتار : ٥/ ٦٢٩.

يشترط في المصالح عنه ما يأتي:

١ - أن يكون حقًّا لمدعيه، سواء أكان مالًا أم منفعة، فإذا لم يكن حقًّا له بأن كان حقًّا للّٰه تعالى، كحد القذف أو طلاقًا أو زواجًا، أو كان حقًّا لغيره، كنسب يدعيه لولده «فإنه حق الصغير»، فلا يجوز مصالحة المدعي به عليه، لأنه لا يستطيع إسقاطه، إذ ليس ذلك له.

٢ - أن يكون حقًّا ماليًا غير مجرد، ونعني به أن يكون حقًّا ثابتًا متقررًا في محله، ولذا لا تصح المصالحة عن حق الشفعة ولا عن خيار الشرط، لأنه ليس حقًّا متقررًا في محله وهو المبيع، بل يرجع إلى مشيئة صاحب الحق، فلا يلزم بذلك الصلح مال، وإن ترتب عليه سقوط الحق لصحة التنازل عنه، وهذا بخلاف حق القصاص، فيصح الصلح عنه؛ لأنه متقرر في محله؛ إذ يصير به المحل، وهو نفس القاتل لولي المقتول في حق الاستيفاء منه فيصح الصلح عنه.

المال؛ لأن الحد حق اللَّه تعالى، والاعتياض عن حق الغير لا يجوز، وهو الصلح على تحريم الحلال أو تحليل الحرام.

وكذا لو صالح شاهدًا يريد أن يشهد عليه، على أن لا يشهد عليه فهو باطل؛ لأن الشاهد في إقامة الشهادة محتسب حقًّا للَّه تعالى، قال اللَّه ﷻ: ﴿ وَأَقِيمُواْ ٱلشَّهَٰدَةَ لِلَّهِ ﴾ [الطلاق: ٢] والصلح عن حقوق اللَّه ﷻ باطل، ويجب عليه رد ما أخذ؛ لأنه أخذه بغير حق، ولو علم القاضي به أبطل شهادته، إلا أن يحدث توبة.

وكذا لو زنى رجل بامرأة رجل، فعلم الزوج، وأراد أحدهما الصلح فتصالحًا معًا أو أحدهما على معلوم على أن يعفو كان الصلح باطلًا، سواء قبل الرفع إلى القاضي أو بعده.

وكذا إذا صالح من حد القذف، بأن قذف رجلًا، فصالحه على مال على أن يعفو عنه؛ لأنه وإن كان للعبد فيه حق فالمغلب فيه حق اللَّه تعالى، والمغلوب ملحق بالعدم شرعًا، أما لو عفا المقذوف، فلا حد لا لصحة العفو، بل لترك الطلب، لهذا إذا قذف رجل امرأته المحصنة حتى وجب اللعان كان الصلح باطلًا، وعفوها بعد الرفع باطل، وقيل الرفع جائز.

أما إذا كان المصالح عنه ليس بحق للمصالح فلا يصح الصلح، فإذا ادعت امرأة مطلقة على زوجها لولد أنه ابنه منها وحجه الرجل، فصالحها عن النسب على شيء فالصلح باطل، لأن النسب حق الصبي لا حقَّها، فلا تملك الاعتياض عن حق غيرها؛ ولأن الصلح إما إسقاط أو معاوضة والنسب لا يحتملهما، ولو صالح الشفيع من الشفعة التي وقعت له على شيء على أن يسلم الدار للمشتري، فالصلح باطل؛ لأنه لا حقّ للشفيع في المحل، إنما الثابت له حق التمليك، وهو ليس لمعنى في المحل، فلا يحتمل الصلح عنه، بخلاف الصلح عن القصاص؛ لأن هناك المحل يصير مملوكًا في حق الاستيفاء، فكان الحق ثابتًا في المحل، فملك الاعتياض عنه بالصلح فهو الفرق.

وكذلك الكفيل بالنفس إذا صالح على مال لقاء الكفالة، فالصلح باطل؛ لأن الثابت للطالب قبل الكفيل بالنفس، حق المطالبة بتسليم نفس المكفول بنفسه، وذلك عبارة عن ولاية المطالبة، وأنها صفة الوالي، فلا يجوز الصلح عنها فأشبه الشفعة، وهل تبطل الكفالة؟ فيه روايتان، في رواية: لا تبطل؛ لأنه عارض بسقوط حقه إلا بعوض، ولم يسلم له، فلا يسقط حقه، وفي رواية: يسقط؛ لأن الإبراء لا تقف صحته على العوض، فيصح.

وعلى هذا إذا كان لرجل ظلة على طريق أو شجر مطل أو ميزاب، فخاصمه رجل، فصالحه على مال، فهذا لا يخلو من وجهين: إما أن يكون الطريق نافذًا، وإما أن لا يكون

نافذًا، فإذا كان نافذًا فخاصمه رجل من المسلمين، فصالحه على مال، فالصلح باطل؛ لأن رقبة الطريق النافذ لا تكون ملكًا لأحد من المسلمين، وإنما لهم حق المرور، وهو ليس بحق ثابت في رقبة الطريق، بل هو عبارة عن ولاية المرور وأنه صفة المار فلا يجوز الصلح عنه، مع أنه لا فائدة في هذا الصلح؛ لأنه إن سقط حق هذا الواحد بالصلح فللباقين حق القلع، وكذا لو صالح الثاني مع هذا المتقدم إليه على مال، فالصلح باطل؛ لأن الطرح واجب عليه فأخذ المال عليه يكون رشوة.

هذا إذا كان الطريق نافذًا، فأما إذا لم يكن نافذًا، فصالحه رجل من أهل الطريق على مال للترك؛ فالصلح جائز؛ لأن رقبة الطريق هنا مملوكة لأهل السكة، فكان لكل واحد منهم فيه ملكًا فجاز الصلح منه، وكذا إسقاط حق كل واحد منهم بالصلح مفيد لاحتمال تحصيل رضا الباقين، ولا يحتمل ذلك في الوجه الأول؛ لأنهم لا يحصون، وكذا لو صالح الثاني مع واحد منهم على مال للترك جاز، ويطيب له المال؛ لأن رقبة الطريق مملوكة لهم على الشركة، فكان لكل واحد منهم فيها نصيب، فكان الصلح اعتياضًا عن ملكه فصح.

فأما طريق المسلمين فلا ملك لأحد فيها، ولا حق ثابت في المحل، فلم يكن الصلح اعتياضًا عن ملك، ولا حق ثابت في المحل فبطل، ولو صالح صاحب الظلة الإمام على دراهم؛ ليترك الظلة جاز الصلح إذا كان في ذلك مصلحة للمسلمين، ويضع هذه الدراهم في بيت المال؛ لأن اعتياض الإمام عن الشركة العامة جائز.

ولو ادعى رجل على امرأة نكاحًا، فجحدته فصالحته على مال بذلته، حتى يترك الدعوى جاز؛ لأن النكاح حق ثابت في حق المدعي، فكان الصلح على حقه في معنى الخلع؛ إذ هو أخذ المال بالبضع، وقد وجد فكان جائزًا، وفي حقها بدل مال الإسقاط الخصومة، وهو جائز أيضًا للنص.

ولو ادعت امرأة على رجل نكاحًا، فجحد الرجل، فصالحها على مال بذله لها لا يخلو، إما أن يكون النكاح ثابتًا أو لم يكن ثابتًا، فإن لم يكن ثابتًا كان دفع المال إليها من الرجل في معنى الرشوة، وإن كان ثابتًا لا تثبت الفرقة بهذا الصلح؛ لأن العوض في الفرقة تعطيه المرأة لا الزوج، فلا يكون المال الذي تأخذه المرأة عوضًا عن شيء، فلا يجوز.

أما لو ادعى على امرأة نكاحًا، فجحدت، فصالحها على مائة درهم على أن تقر له بالنكاح، فأقرت، فهو جائز وتجعل المائة من الزوج زيادة في مهرها؛ لأن إقرارها بالنكاح

محمول على الصحة[1].

أما كون المصالح عنه معلومًا، فليس بشرط لجواز الصلح، حتى إن من ادعى على آخر حقًّا في عين، فأقر به المدعى عليه أو أنكر، فصالح على مال معلوم جاز؛ لأن الصلح كما يصح بطريق المعاوضة يصح بطريق الإسقاط، ولا يمكن تصحيحه هنا بطريق المعاوضة؛ لجهالة أحد البدلين، فيصحح بطريق الإسقاط، فلا يؤدي إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم والقبض؛ لأن الساقط لا يحتمل ذلك، والقاعدة: أن الجهالة فيما لا يحتمل التسليم والقبض لا تمنع جواز الصلح.

والمصالح عليه لا يخلو، إما أن يكون عينًا يحتمل التعيين مطلقًا جنسًا، أو نوعًا وقدرًا وصفة واستحقاقًا، كالعروض من الثياب، والعقار من الأرضين والدور، والحيوان والدواب، والمكيل من الحنطة والشعير، والموزون من الصفر والحديد، وإما أن يكون دينًا وهو ما يحتمل التعيين من الدراهم، والدنانير والمكيل الموصوف في الذمة، والموزون الموصوف سوى الدراهم والدنانير، والثياب الموصوفة، والحيوان الموصوف، وإما أن يكون منفعة، وإما أن يكون حقًّا ليس بعين ولا دين ولا منفعة، وبدل الصلح لا يخلو من أن يكون عينًا أو دينًا أو منفعة، والعوض في المعاوضة المطلقة قد يكون عينًا، وقد يكون دينًا، وقد يكون منفعة إلا أنه يشترط القبض في بعض الأعواض في بعض الأحوال دون بعض، ثم عرج المؤلف - رحمه اللَّه - على الشروط إلى المصالح عليه، ذاكرًا منها: أن يكون المصالح عليه معلومًا سواء كان مالًا أو منفعة بأن صالح على خدمة عبد بعينه سنة، أو ركوب دابة بعينها أو زراعة أرض، أو سكنى دار وقت معلومًا، فإنه يجوز ويكون في معنى الإجارة.

قال في جامع الفصولين عازيًا للمبسوط: الصلح على خمسة أوجه: **الأول**: صلح على دراهم أو دنانير أو فلوس، فيحتاج إلى ذكر القدر.

الثاني: على تبر أو كيلي أو وزني مما لا حمل له ولا مؤنة، فيحتاج إلى قدر وصفة.

الثالث: على كيلي أو وزني مما له حمل ومؤنة فيحتاج إلى ذكر قدر وصفة ومكان تسليمه عند أبي حنيفة كما في السلم.

الرابع: صلح على ثوب فيحتاج إلى ذكر ذرع وصفة وأجل؛ إذ الثوب لا يكون دينًا إلا في السلم وهو عرف مؤجلًا.

---

(١) الدر المختار: ٥/ ٩٢٦.

الخامس: صلح على حيوان، ولا يجوز إلا بعينه؛ إذا الصلح من التجارة والحيوان لا يصلح دينًا فيما انتهى.

الفارق بين المصالح عليه والمصالح عنه أن الثاني لا تشترط معلوميته، بخلاف الأول؛ لأنه لا يسقط، والمصالح عنه يسقط.

وجهالة البدل لا تمنع جواز العقد لعينها، بل لإفضائها إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم، ولذا يشترط في المصالح عليه أن يكون مالًا متقومًا؛ لأن الصلح في معنى المعاوضة، فما لا يصلح عوضًا في البياعات لا يصلح بدل الصلح، وعلى هذا فلا يصح الصلح على الخمر والميتة والدم؛ لأن هذه ليست أموالًا متقومة في حق المسلم، ومنها أن يكون المصالح عليه مملوكًا للمصالح، والأصل في هذا الباب أن كل ما يجوز بيعه وشراؤه يجوز الصلح عليه وما لا فلا.

كما يشترط معلومية المصالح عنه إذا احتيج إلى تسليمه، كأن يصالحه على أن يدفع له الحق المجهول الذي يدعيه أو يدفع المدعي البدل من عنده[١]، وأن يكون المصالح عنه حقًّا يجوز الاعتياض عنه، ولو كان غير مال[٢].

وهو ما جاء كذلك في القوانين المدنية العربية، ففي المادة (٥٥١) مدني مصري أنه: « لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام، ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التي تترتب على الحالة الشخصية، أو التي تنشأ عن ارتكاب إحدى الجرائم »، وهو ما جاء في المواد (٧٠٤) عراقي، (٥٥٤) كويتي، والمادة (٦٥٠) أردني، ونصها: يشترط أن يكون المصالح عنه مما يجوز أخذ البدل في مقابله، وأن يكون معلومًا فيما يحتاج إلى القبض والتسليم »، وفي المادة (٦٥١) من هذا القانون أنه:

١ - « يشترط أن يكون بدل الصلح معلومًا إن كان يحتاج إلى القبض والتسليم.

٢ - وإذا كان بدل الصلح عينًا أو منفعة مملوكًا للغير فإن نفاذ الصلح يتوقف على إجازة ذلك الغير ».

***

---

(١) بدائع الصنائع : ٦/ ٧٤.

(٢) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (٨١٨)، و المادة (٢٥٧) من تقنين الشريعة على مذهب مالك : ٢٥٥ من تقنين الشريعة على مذهب الشافعي.

❁ (مادة ١٠٠٧): يصح أن يكون بدل الصلح مالًا أو منفعة، ويشترط أن يكون ملكًا للمصالح، وأن يكون معلومًا إن كان مما يحتاج إلى القبض والتسليم، وأن يكون مقبوضًا وقت الصلح إن كان الصلح عن دين بدين من جنس آخر[1].

تناولت هذه المادة شروط بدل الصلح إذا كان مالًا أو منفعة أو دينًا، وهي الشروط المتمثلة في ملكيته للمصالح، ومعلوميته فيما يحتاج إلى القبض والتسليم، وقبضه عند الصلح إن كان دينًا بدين، والقاعدة: أن كل ما يجوز بيعه وشراؤه يجوز أن يكون بدلًا في الصلح، وما لا فلا، ولهذا لو صالح على زراعة أرض أو سكنى دار وقتًا معلومًا، فإنه يجوز ويكون في معنى الإجارة[2].

وعليه فجهالة البدل لا تمنع جواز العقد لعينها، بل لإفضائها إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم.

وإنما اشترط في بدل الصلح أن يكون مقبوضًا وقت الصلح، إن كان الصلح عن دين بدين من جنس آخر؛ لأنه صرف، فلو صالح من دراهم على دنانير أو من دنانير على دراهم، جاز ويشترط القبض في المجلس.

ولو ادعى ألف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم إلى شهر، جاز، وطريق جوازه بأن يجعل حطًّا لا معاوضة؛ لأنه لو جعل معاوضة لبطل؛ لأنه يصير بعض المائة عوضًا عن الدنانير والبعض عوضًا عن الدراهم، فيصير بائعًا تسعمائة بخمسين فيكون ربًا، وأمور المسلمين محمولة على الصلاح والسداد ما أمكن، وأمكن أن يجعل حطًّا للدنانير أصلًا وبعض الدراهم، وذلك تسعمائة، وتأجيل البعض، وذلك مائة إلى شهر، وكذلك لو كان عليه ألف درهم وكر، فصالحه على مائة جاز وطريق جوازه أن يجعل حطًّا وإسقاطًا للكر لا معاوضة؛ لأن استبدال المسلم فيه لا يجوز، ولو كان المالان عليه لرجل لأحدهما

---

(١) يستفاد حكم هذه المادة من أوائل كتاب الصلح من الدر وتكملة رد المحتار: ٥/ ٦٣٠، وآخرها من أوسط كتاب الصلح منهما: ٥/ ٦٢٥، وأوسطهما، وهو كون البدل ملكًا... إلخ من أوسط الباب الأول في تفسيره: ٤/ ٢٢٩ من الهندية، وقد جاء في ذلك أنه:

يشترط في بدل الصلح ما يأتي:

١ - أن يكون ملكًا للمصالح، سواء أكان مالًا أم منفعة، فإن كان غير مملوك له توقف نفاذ الصلح على إجازة مالكه دفعه إلى المصالح.

٢ - أن يكون معلومًا إذا احتيج إلى تسليمه، فإن لم يحتج إلى تسليمه لم يشترط.

وانظر المادتين (١٥٤٦، ١٥٤٧) من مجلة الأحكام العدلية.

(٢) بدائع الصنائع: ٦/ ٤٧، ٤٨.

دراهم والآخر دنانير فصالحه على مائة درهم جاز، وطريقة جوازه أن يعتبر معاوضة في حق أحدهما وحطًّا وإسقاطًا في حق الآخر، وذلك أن يقسم بدل الصلح على قدر قيمة دينهما من الدراهم والدنانير، فالقدر الذي أصاب الدنانير يكون عوضًا عنها فيكون صرفًا، فيراعى فيه شرائط الصرف، فيشترط القبض في المجلس والقدر الذي أصاب الدراهم لا يجوز أن يجعل عوضًا؛ لأنه يؤدي إلى الربا فيجعل الصلح في حقه استيفاء لبعض الحق وإبراء عن الباقي.

والأصل أن الصلح متى وقع على أقل من جنس حقه من الدراهم والدنانير، يعتبر استيفاء لبعض الحق وإبراء عن الباقي، ومتى وقع على أكثر من جنس حقه منها أو وقع على جنس آخر من الدين والعين، يعتبر معاوضة؛ لأنه لا يمكن حمله على استيفاء عين الحق والإبراء عن الباقي؛ لأن استيفاء عين الحق من جنسه لم يوجد، فيعتبر معاوضة، فما جازت به المعاوضات يجوز هذا، وما فسدت به تلك يعد به هذا. اهـ.

***

الفَصْلُ الأَوَّلُ

في الصلح عن الأعيان

❁ **(مادة ١٠٠٨): إذا كان المدعى به عينًا معينة، دارًا أو أرضًا أو عرضًا، وأقر المدَّعى عليه بها للمدَّعي وصالحه عنها بنقود معلومة، أو بعقار معلوم، أو عرض معلوم صح الصلح، ويكون حكمه حكم البيع فيثبت فيه خيار العيب والرؤية والشرط للمصالح، وحق الشفعة لجار العقار المصالح عنه أو المصالح عليه، فإن كان كل منهما عقارًا وجبت الشفعة فيهما ويفسده جهالة البدل المصالح عليه لا جهالة المصالح عنه؛ لأنه يسقط[١].**

يكون الصلح في حكم البيع من حيث ثبوت الخيارات بأنواعها وحق الشفعة إذا كان المدعى به أو المصالح عنه عينًا معينة والمصالح به بدلًا معينًا معلومًا، ولا تفسر الجهالة الصلح فيما لا يفتقر إلى القبض والتسليم.

وقد تقدم نص المادة (٦٥٢) مدني أردني على المعنى الوارد في هذه المادة.

***

❁ **(مادة ١٠٠٩): إذا كان المدعى به عينًا معينًا دارًا أو أرضًا أو عرضًا، وأقر المدعى عليه بها وصالحه عنها بمنفعة، كسكنى دار أو زراعة أرض مدة معلومة صح الصلح، ويعتبر إجارة فيبطل الصلح بموت أحدهما إن عقده لنفسه أو بهلاك المحل في المدة.**

إن وقع الصلح على عين معينة في مقابل منفعة معينة، كزراعة أرض، وسكنى دار وقتًا معلومًا فهو في حكم الإجارة[٢]، فيبطل الصلح بموت أحدهما قبل استيفاء المنفعة أو بهلاك محلها وهو المأجور.

والقاعدة أن يسري على الصلح أحكام العقد الأكثر شبهًا به، طبقًا لما ورد التعبير عنه كذلك في المادة (٦٥٤) مدني أردني، وقد عبرت عن ذلك أيضًا المادة (١٤٥٩) من مجلة الأحكام العدلية، ونصها: « إن وقع الصلح عن الإقرار على المنفعة في دعوى المال فهو في

---

(١) يستفاد حكمها والتي بعدها من الدر ورد المحتار من أوائل كتاب الصلح : ٥/ ٦٢٩ وما بعدها حيث جاء: « حكمه كبيع إن وقع عن مال بمال، وحينئذٍ فتجري فيه أحكام البيع كالشفعة، والرد بعيب، وخيار رؤية وشرط، ويفسده جهالة البدل المصالح عليه لا جهالة المصالح عنه؛ لأنه يسقط، وتشترط القدرة على تسليم البدل »، انظر مجمع الأنهر : ٢/ ٣٠٨.

(٢) الدر المختار : ٥/ ٣٦٠.

حكم الإجارة، مثلًا: لو صالح أحد آخر عن دعوى حديقة على أن يسكن مدة كذا في داره، يكون قد استأجر تلك الدار في مقابلة الحديقة تلك المدة ».

حيث جاء أنه يبطل الصلح بموت أحد المتصالحين؛ لأنهما كالمؤجر والمستأجر، وبفوات المنفعة قبل الاستيفاء فيعودان إلى الدعوى، ولو كان بعد استيفاء البعض بطل بقدر ما بقي، فيرجع في دعواه بقدره، وهو قول محمد، وقال أبو يوسف: لا يبطل الصلح بموت المدعى عليه، بل المدعي يستوفي المنفعة على حاله فإن مات فالوارث يقوم مقامه.

***

۞ (مادة ١٠١٠): إذا ادعى شخص على آخر عينًا في يده معلومة كانت أو مجهولة، وادعى عليه الآخر بعين كذلك في يده، واصطلحا على أن يكون ما في يد كل منهما في مقابلة ما في يد الآخر، صح الصلح وكان في معنى المقابضة، فتجرى عليه أحكامها ولا تتوقف صحته على العلم بالعوضين؛ لعدم الاحتياج فيهما إلى التسليم في هذه الصورة[1].

القاعدة التي تقوم ذكرها أنه تسري على الصلح أحكام العقد الأكثر شبهًا به، فإذا ادعى أحد عينًا في يد آخر، وادعى المدعي عليه عينًا في يد المدعي، ثم تصالحا على إبقاء كل من العينين في يد حائزها، فإن هذا الصلح يعتبر مقايضة؛ لأنه العقد الأكثر شبهًا بهذا الصلح، فتجري فيه أحكامه، وهو ما جاء في المادة (٦٥٤) مدني أردني، ونصها:

١ - « إذا تصالح شخصان يدعي كل منهما عينًا في يد الآخر على أن يحتفظ كل واحد بالعين التي في يده جرى على الصلح حكم المقايضة، ولا تتوقف صحته على العلم بالعوضين.

٢ - تسري على الصلح أحكام العقد الأكثر شبهًا به، من حيث صحته والآثار التي تترتب عليه ».

***

۞ (مادة ١٠١١): إذا وقع الصلح عن إقرار على مال معين عن دعوى مال معين، واستحق المصالح عنه كله أو بعضه بالبينة، يسترد من بدل الصلح الذي قبضه المدعي مقدار ما أخذ بالاستحقاق من المدعى عليه إن كلًا فكلًا، وإن بعضًا فبعضًا.

الإقرار حجة قاصرة، فما ثبت به يقتصر حكمه على المقر ولا يكون حجة في حق الغير،

---

(١) يستفاد حكمها من أوائل كتاب الصلح من الدر وتكملة رد المختار : ٥/ ٦٢٩.

ولذا لو وقع الصلح بإقرار على مال معين، فإنه يلزم في حق المقر، ولا يحق له الرجوع عنه، لكن هذا الإقرار لا يدفع حق الغير إذا أثبته بالبينة؛ لأنها حجة في حق الكافة، ولهذا فإنه إذا أقر للغير بمال معين وصالحه عنه، ثم استحقه أحد فلا يثبت هذا الاستحقاق بإقرار المصالح؛ لأنه سيكون رجوعًا عن الإقرار الأول، وهو لا يحتمل الرجوع، لكن لو ثبت هذا الاستحقاق ببينة فإنه يؤاخذ بها ويرد المال المستحق بقدره كلًّا أو بعضًا.

تغلق هذه المادة الباب على من يريد الوصول بالصلح إلى إثبات يده على مال معين في حيازته، وذلك عن طريق إقرار صوري وصلح صوري، ولكن الموازنة بين مدى حجية الثابت بالإقرار والثابت بالبينة تفسر استخدام الصلح؛ لتحقيق أهداف غير صالحة.

وما استحق من المدعي أي المصالح عنه يرد المدعي حصته من العوض، أي البدل إن كلًّا فكلًّا، أو بعضًا فبعضًا[1].

***

❁ (مادة ١٠١٢): إذا وقع الصلح عن إقرار على مال معين عن دعوى مال معين، ثم استحق بدل الصلح كله أو بعضه وهو مما يتعين بالتعيين، يرجع المدعي على المدعى عليه بكل المصالح عنه أو بقدر المستحق إذا استحق بعضه، وإن كان مما لا يتعين بالتعيين وهو من جنس المدعى به أو من غير جنسه، ولكن استحق قبل الافتراق عن المجلس يرجع المدعي بمثل ما استحق، وإن كان بعد الافتراق، يبطل الصلح.

ما استحق من البدل يرجع المدعي بحصته من المدعى عليه؛ لأنه معاوضة، وهذا حكمها فمقتضى المعاوضة أنه: إذا استحق الثمن، فإن كان مثليًّا رجع بمثله، أو قيميًّا فبقيمته، ولا يفسد العقد.

وقد تقدم أن الصلح يجري عليه أحكام العقد الأكثر شبهًا به، ولذا فإنه إذا استحق بدل الصلح وكان مما يتعين بالتعيين، فإنه يأخذ حكم المبيع الذي يفسد البيع بهلاكه؛ لفوات المحل، أما إن كان يتعين بالتعيين، فإنه يأخذ حكم الثمن الذي لا يفسد العقد بهلاكه في يد المشتري، وإنما يطالب بالوفاء بمثله، سواء حدث الاستحقاق قبل الافتراق أو بعده، وليس لهذا التفريق بين حدوث الاستحقاق قبل الافتراق أو بعده من أثر في إبطال الصلح أو تصحيحه، ولا أجد لهذا وجهًا.

***

(١) الدر المختار : ٥/ ٦٣٠.

❁ (مادة ١٠١٣): إذا وقع الصلح عن إنكار على شيء معين من دعوى عين معينة، ثم استحق المدعى به كله أو بعضه، يرجع المدعى عليه بمقابله من العوض على المدعي، ويرجع المدعي بالخصومة فيه والدعوى على المستحق، وإن استحق بدل الصلح كله أو بعضه يرجع المدعي بالدعوى كلًّا أو بعضًا على حسب القدر المستحق، إذا كان بدل الصلح مما يتعين بالتعيين، وإن كان مما لا يتعين بالتعيين وهو من جنس المدعى به أو من غير جنسه، ولكن استحق قبل الافتراق عن المجلس، يرجع المدعى بمثل ما استحق، وإن كان بعد الافتراق يبطل الصلح كما تقدم[1].

ما استحق من المدَّعَى به يرد المدعي حصته من العوض ويرجع بالخصومة فيه، فيخاصم المصالح بالبدل؛ لخلو العوض عن الغرض، وما استحق من البدل يرجع إلى الدعوى في كله أو بعضه، هذا إذا لم يقع الصلح بلفظ البيع، فإن وقع به رجع بالمدَّعى به نفسه لا بالدعوى؛ لأن إقدامه على المبايعة إقرار بالملكية.

***

❁ (مادة ١٠١٤): إذا ادعى حقًّا في دار لم يبينه فصولح عن ذلك، ثم استحق بعض الدار فلا يسترد المدعى عليه شيئًا من العوض، وإن استحق كل الدار يسترد العوض كله[2].

إن ادعى حقًّا في دار لم يبينه فصالحه على دراهم إليه، ثم استحق بعض الدار لم يرد شيئًا من العوض فلعل دعواه فيما بقي دون ما استحق، ولو استحق كل الدار من يد المدعى عليه له أن يرجع بدراهمه[3].

***

❁ (مادة ١٠١٥): إذا كان المدعى به عينًا معينة، دارًا أو أرضًا أو عرضًا، وأنكر المدعى عليه دعوى المدعي، أو سكت ولم يبد إقرارًا[4]، ولا إنكارًا ثم اصطلحا على شيء معين دارًا أو عقارًا أو عرضًا أو نقدًا، يعتبر ذلك الصلح فداء من اليمين وقطعًا للمنازعة في حق المدعى عليه وبيعًا في حق المدعي فتجري عليه أحكامه[5].

---

(١) يستفاد حكم هذه المادة من أوائل كتاب الصلح من الدر وتكملة رد المحتار : ٥/ ٦٣١.

(٢) يستفاد حكمها من الدر ورد المحتار من أواخر الاستحقاق ص : ١٩٩ ومن أوسط الباب العشرين من الهندية من كتاب الصلح : ٥/ ٦٣١.

(٣) الفتاوى الهندية : ٤/ ٢٨٢.

(٤) في طبعة دار الفرجاني « قرارًا » والمثبت من طبعة نظارة المعارف وهو الصحيح.

(٥) يستفاد حكم هذه المادة من أوائل كتاب الصلح من الدر ورد المحتار : ٥/ ٦٣٠.

الصلح عن سكوت أو إنكار معاوضة في حق المدعي؛ لأنه يزعم أن ما أخذه كان عوضًا عما يدعيه، وفداء اليمين وقطع المنازعة في حق الآخر أي المدعى عليه؛ لأنه يزعم أن المدعي مفتر ومبطل في دعواه، وإنما دفع المال إليه؛ لئلا يحلف، ولتقطع الخصومة، ويجوز أن يكون لشيء واحد حكمان مختلفان باعتبار شخصين، كالنكاح موجبه الحل في المتناكحين، والحرمة في أصولهما، فيأخذ كل واحد منهما بما يزعم[١].

والصلح عن السكوت والإنكار، يكون معاوضة في حق المدعي، وافتداء عن اليمين، وقطعًا للمنازعة في حق المدعى عليه، طبقًا لما جاء في المادة (٨٢٦) من تقنين الشريعة على مذهب أبي حنيفة.

***

❁ (مادة ١٠١٦): إذا كان للصبي المميز دين وكان مأذونًا له بالتجارة، وليس له بيِّنة على الدين جاز له أن يصالح غريمه على بعضه أو على شيء آخر قيمته أقل من الدين، وإن كان له بينة على الدين لا يجوز له ذلك[٢].

إذا وجب للصبي المأذون على إنسان دين، فصالحه على بعض حقه، فإن لم يكن له عليه بينة جاز الصلح؛ لأنه عند انعدام البينة لا حق له إلا الخصومة والحلف، والمال الذي يستفيده بالصلح أنفع له منهما، وإن كان له عليه بينة لا يجوز الصلح؛ لأن الحط تبرع، وهو لا يملك التبرعات، ولو أخر الدين جاز سواء كانت له بينة، أو لا، فرقًا بينه وبين الصلح؛ لأن تأخير الدين من أعمال التجارة، والصبي المأذون في التجارات كالبالغ؛ ألا ترى أنه يملك التأجيل في نفس العقد بأن يبيع بأجل، فيملكه متأخرًا عن العقد أيضًا بخلاف الحط؛ لأنه ليس من التجارة، بل هو تبرع فلا يملكه، إلا أنه يملك حط بعض الثمن لأجل العيب؛ لأن حط بعض الثمن للعيب قد يكون أنفع من أخذ المبيع المعيب، فكان ذلك من باب التجارة، فيملكه، ولو صالح الصبي المأذون من المسلم فيه على رأس المال جاز؛ لأن الصلح من المسلم فيه على رأس المال إقالة للعقد والإقالة من باب التجارة، وكذلك لو اشترى سلعة وظهر بها عيب فصالح البائع على قبولها جاز؛ لأن الثمن أنفع من المبيع المعيب عادة[٣].

وقد جاء في المادة (٦٤٨) مدني أردني أنه:

---

(١) مجمع الأنهر : ٢/ ٣٠٩.

(٢) يستفاد حكم هذه المادة من الدر وتكملة رد المحتار من أوائل كتاب الصلح : ٥/ ٦٢٨.

(٣) بدائع الصنائع : ٦/ ٦١.

١ - « يشترط فيمن يعقد صلحًا أن يكون أهلًا للتصرف بعوض في الحقوق التي يشملها عقد الصلح.

٢ - وتشترط أهلية التبرع إذا تضمن الصلح إسقاط شيء من الحقوق ».

***

(مادة ١٠١٧): إذا كان للصبي دين على آخر وكان له بينة عادلة، أو كان المديون مقرًّا بالدين أو مقضيًّا عليه به، فلا يجوز لوصيه أو لوليه أن يصالح على بعض، إلا إذا كان الدين وجب بعقده، فإنه يجوز صلحه على نفسه ويضمن قدر الدين للصبي[١]، وإن صالح عن الدين على مال آخر إن كانت قيمته قدر الدين أو أقل بغبن يسير، يجوز الصلح، وإن كانت بغبن فاحش لا يجوز، فإن خشي الوصي أو الولي ألا يثبت كل الدين بأن لم تكن له بينة والمديون منكر ويقدم على اليمين، جاز للولي أو الوصي أن يصالح على بعضه ويأخذ الباقي[٢].

القاعدة: أن تصرفات الصبي والمعتوه المميزين المأذون لهما صحيحة إذا لم تتضمن ضرار، فيجوز صلحهما إن كان فيه نفع، أو لم يكن فيه نفع ولا ضرر، أو أن يكون فيه ضرر غير بيّن، وذلك في التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، وفي هذا كله يكون الصلح صحيحًا، وأما إذا كان في الصلح ضرر بيّن، فلا يصح، كما إذا ادعى أحد على الصبي المأذون شيئًا من أمور التجارة، أو بدين أو وديعة أو عارية أو مضاربة أو غصب أو ما أشبه ذلك من ضرورات التجارة، وأقر به يصح صلحه عن إقرار، حتى لو كان المدعي به دينًا، وكان بدل الصلح بمقدار المدعى به، أو كان المدعى به عينًا، وكان البدل المذكور بقيمة المدعى به، أو كان زائدًا عن قيمته بغبن يسير، أما إذا كان في الصلح ضرر بين كالصلح بتنزيل ثمن المبيع بغير عيب فلا يصح، فلذلك لو ادعى أحد على الصبي المأذون بحق، وأنكر الصبي، وكان لدى المدعي بينة عادلة، فصالحه الصبي صح الصلح.

وكذا لو ادعى الصبي المأذون بدين على أحد وتصالح الصبي مع المدعى عليه على بعض ذلك الحق ينظر، فإذا لم يكن لدى الصبي بينة، وكان معلومًا بأن الخصم سيحلف اليمين كان الصلح صحيحًا؛ لأنه إذا لم يكن لدى الصبي بينة فلا يبقى له سوى الخصومة

---

(١) جاء في الفتاوى الأنقروية ٢/ ٢٤٥: « لو له أي للصغير دين فصالحه أبوه أو وصيه على بعضه، فلو وجب الدين بمعاقدة أبيه أو وصيه صح الحط وضمن عند أبي حنيفة ومحمد، لا عند أبي يوسف كوكيل أبرأ المشتري عن الثمن، ولو لم يكن بمعاقدته لم يجز للتبرع ».

(٢) يستفاد حكم فقرتيها من أوسط صلح الأب والوصي من الأنقروية ص : ٢٤٤ و ٢٤٥ إلى قوله: وإن صالح عن الدين إلى آخر الفقرة الأولى فإنه يستفاد من جامع الفصولين من أوسط الفصل السابع والعشرين ص : ٢٤.

واليمين، والمال أفيد منهما، أما إذا كان لديه بينة فلا يصح الصلح؛ لأن الصلح يكون في تلك الحال حطًّا وتنزيلًا وتبرعًا وليس للصبي ذلك، وللصبي المأذون أن يعقد الصلح على تأجيل وإمهال دينه، سواء أكان لديه بينة أو لم يكن، وسواء أكان المدعى عليه مقرًا أو منكرًا؛ لأن هذا الإمهال والتأجيل هو من أعمال التجارة، والصبي المأذون في أعمال التجارة كالبالغ، كما أن للبالغ أن يصالح بالإمهال والتأجيل على هذا الوجه.

وإذا صالح على مقدار من دينه، وكانت لديه بينة على إثبات دينه، فلا يصح صلحه؛ لأن في هذا الصلح ضررًا بينًا، وجهته ترك مقدار من المدعى به للمدعى عليه، وإن لم تكن بينة، وعلم أن خصمه سيحلف اليمين يصح؛ لأنه ليس في هذا الصلح ضرر بل فيه نفع؛ لأن المال أولى من اليمين، وإن ادعى على آخر مالًا فصالح على مقدار قيمته يصح، ولو كان لديه بينة أو كان المدعى عليه مقرًّا؛ لأن هذا الصلح يتضمن المبادلة، والصبي المأذون هو أهل للتجارة والمبادلة، ولكن إذا صالح على نقصان فاحش عن قيمة ذلك المال لا يصح؛ لأن في هذا الصلح ضررًا بينًا[١].

وقد جاء ذلك في المادة (٦٤٩) مدني أردني، ونصها: « صلح الصبي المميز والمعتوه المأذونين صحيح إن لم يكن لهما فيه ضرر بيّن، وكذا الحكم في صلح الأولياء والأوصياء والقوام ».

***

● (مادة ١٠١٨): إذا ادُّعي على الصبي المميز بدين وكان للمدَّعي بينة تثبت بها دعواه فللوصي[٢] أو الولي أن يصالح على شيء، ويدفع الباقي، وإن لم تكن للمدعى بينة فلا يجوز للولي أو الوصي أن يصالح على شيء ما[٣].

إذا صالح ولي الصبي، كأبيه أو جده عن دعوى الصبي، أو متولي الوقف عن دعوى الوقف، أو وصي الصغير سواء كان هذا الصلح في عقار أو منقول أو في غيرهما، يصح إن لم يكن فيه ضرر بيّن للصبي أو الوقف، أما إذا كان فيه ضرر بين، فلا يصح الصلح، ولا يصح بطريق الأولى صلح الأخ ووصي الأم.

فلذلك لو ادعى أحد على صبي كذا دراهم، أو على وقف، أو ادعى بحانوت وصالح

---

(١) المادة (١٥٣٩) من مجلة الأحكام العدلية.

(٢) في طبعة دار الفرجاني « للوصي » والمثبت من طبعة نظارة المعارف وهو الصحيح.

(٣) يستفاد حكمها من أوسط صلح الأب والوصي من الأنقروية ص : ٢٤٥.

أبوه على أن يعطي كذا دراهم من مال الصبي، أو صالح المتولي على أن يعطي كذا دراهم من مال الوقف، يصح إن كانت للمدعي بينة، وكان بدل الصلح بقيمة المدعى به، أو بأزيد منه بغبن يسير أو بأقل منه، ويكون ذلك بمقام الشراء؛ حيث إن المدعي قادر على أخذ تمام حقه بإقامة البينة.

وإن لم تكن لدى المدعي بينة عادلة فلا يصح، ولو كان المال المصالح عليه أي بدل الصلح أقل بكثير من قيمة المدعى به؛ لأنه بهذا الصلح قد تبرع بمال الصبي الذي هو بدل الصلح للمدعي، وإذا كان للصبي مطلوب من جهة ما في ذمة آخر، كأن يكون له ألف درهم دينًا في ذمة آخر، وصالحه أبوه بحط وتنزيل مقدار منه، كتنزيل مائة درهم لا يصح صلحه إن كانت له بينة، أو كان المدين مقرًّا، أو كان الدين محكوما به، أما إذا لم تكن لديه بينة، ولم يقر المدين، وكان معلومًا لديه بأن الخصم سيحلف اليمين، ففي تلك الحالة يصح الصلح، ولو كان المقدار الذي حط كثيرًا، إلا أنه إذا حصل لدى الأب بينة عادلة بعد ذلك أو للصبي بعد البلوغ فتقبل البينة وينقض الصلح.

ويصح صلح ولي الصبي على مال تساوي قيمته مقدار مطلوبه، أو تقل عن قيمته بغبن يسير، حتى لو كان لديه بينة تثبت مدعاه أو كان الخصم مقرًّا؛ لأن هذه الصورة هي معاوضة، والولي والوصي يقتدران عليها، ولكن إذا وجد غبن فاحش لا يصح، يعني إذا كان المدين مقرًّا أو كان لدى وصي الصغير بينة تثبت مدعاه، وكانت قيمة المال المصالح عليه أنقص بكثير من مطلوب الصبي، وكان في ذلك الصلح غبن فاحش، فلا يصح صلح الولي؛ لأنه يكون تبرعًا، ولا يجوز التبرع من مال الصبي، إلا أنه يجوز الصلح بغبن يسير، أما إذا كان المدين غير مقرٍّ، وليس لدى الولي بينة، وكان معلوما بأن الخصم سيحلف اليمين، فحينئذ يجوز الصلح، ولو كان فيه غبن فاحش.

ومع ذلك فإنه إذا كان الدين الذي في ذمة آخر للصبي حاصلًا من معاملة أجراها الولي أو الوصي، وصالح الولي أو الوصي على دين كهذا، بحط مقدار منه أو بغبن فاحش، يصح الصلح، ويلزم الوصي أو الولي ضمان المقدار الذي أسقطاه.

مثلًا: لو أجر الولي دار الصبي بألف درهم، وأبرأ المستأجر من خمسمائة درهم أو صالح على المبلغ المذكور بمال يساوي خمسمائة درهم، كان الصلح صحيحًا، ويضمن الولي للصبي الخمسمائة درهم الساقطة.

كذلك إذا أجل وصي الميت دين الميت صلحًا، فإذا كان ذلك الدين حاصلًا من عقد عقده

الوصي، كان الصلح صحيحًا، ويضمن الوصي المقدار التالف والمسقط من ذلك الدين، أما إذا لم يكن المطلوب المذكور حاصلًا من عقد عقده الوصي فلا يصح الصلح[١].

***

(مادة ١٠١٩): إذا كان للصبي المأذون له بالتجارة دين على آخر، جاز له أن يصالح بنفسه مديونه على تأجيل الدين إلى أجل معلوم[٢].

سبق توضيح حكم هذه المادة، ومقتضاها: أنه لو ادعى الصبي المأذون على آخر بعشرة دنانير دينًا، وبعد أن أقر المدعى عليه بالدين، تصالح مع الصبي على أن يدفع المبلغ المذكور بعد ستة شهور كان صحيحًا، وللصبي المأذون أن يصالح على حط وتنزيل مقدار من الدين بالتفصيل السابق، وعليه لو ظهر عيب قديم في المال الذي باعه الصبي المأذون، وأراد المشتري رده بخيار العيب، فللصبي أن يعقد الصلح بحط وتنزيل بعض الثمن، إلا أنه لا يجوز له الصلح بحط الثمن بدون وجود عيب[٣].

جاء في الفتاوى الأنقروية: « أن البلوغ بشرط في الصلح، حتى يجوز صلح الصبي في الجملة وهو الصبي المأذون إذا كان فيه نفع أو لا يكون فيه ضرر ظاهر »[٤].

***

(مادة ١٠٢٠): الوكيل بالخصومة لا يملك الصلح، فإن صالح عن دعوى الموكل بالخصومة فيها بلا إذن موكله، فلا يصح صلحه[٥].

الوكالة بالخصومة لا تستلزم الوكالة بالصلح، فعليه إذا وكل أحد آخر بدعواه، وصالح عن تلك الدعوى بلا إذن لا يصح صلحه، أي لا ينفذ؛ لأن الوكالة بالخصومة لا تستلزم الوكالة بالصلح كما أن الوكالة بالصلح لا تستلزم الوكالة بالخصومة.

فلذلك إذا وكل أحد آخر بدعواه المقامة على آخر، وصالح الوكيل على تلك الدعوى، بلا إذن الموكل، مع الخصم فلا يصح ذلك الصلح، ولا ينفذ، أي تبقى الدعوى على حالها، أما إذا كان الوكيل بالخصومة مأذونًا من قبل موكله بالصلح ويصح صلحه.

***

---

(١) المادة (١٥٤٠) من مجلة الأحكام العدلية.

(٢) يستفاد حكمها من أواخر صلح الأب والوصي من الأنقروية : ٢/ ٢٤٦.

(٣) المادة (١٥٣٩) من مجلة الأحكام العدلية.

(٤) الفتاوى الأنقروية : ٢/ ٢٤٦.

(٥) يستفاد حكمها من الدر ورد المحتار من أول الوكالة بالخصومة : ٥/ ٦٣١.

❁ (مادة ١٠٢١): إذا وكل المديون وكيلًا بالصلح، وكان مقرًا بالدين، فإن أضاف الوكيل الصلح إلى الموكل، نفذ الصلح على الموكل، ووجب بدل الصلح عليه، وإن أضاف الصلح إلى نفسه نفذ الصلح على الموكل أيضًا، ويطالب الوكيل ببدل الصلح، ثم يرجع به على الموكل.

وإن كان المديون منكرًا فوكل وكيلًا بالصلح فإن أضاف الوكيل الصلح إلى الموكل نفذ الصلح على الموكل ووجب بدل الصلح عليه، وإن أضاف الصلح إلى نفسه نفذ الصلح على الموكل ووجب بدل الصلح على الوكيل ثم يرجعَ به على الموكل[1].

يلزم الوكيل بدل الصلح إن وقع عن مال بمال عن إقرار، ويرجع به على الموكل؛ لأنه حينئذٍ كالبيع، والحقوق فيه ترجع إلى المباشر، فكذا ما كان بمنزلته؛ ولأن الوكيل في المعاوضة المالية أصيل، وفي المعاوضة الإسقاطية سفير.

وإن كان البدل عن إنكار، لا يجب البدل علي الوكيل مطلقًا، سواء كان عن مال بمال أو لا؛ لأن الصلح عن الإنكار؛ لافتداء اليمين، واليمين على الموكل لا الوكيل[2].

وقد نصت المادة (١٥٤٣) من مجلة الأحكام العدلية على أنه: « إذا وكل أحد آخر على أن يصالح عن دعواه، وصالح ذلك بالوكالة يلزم المصالح عليه الموكل، ولا يؤاخذ الوكيل بذلك ولا يطالب به، إلا إذا كان الوكيل قد ضمن المصالح عليه، ففي تلك الحال يؤاخذ الوكيل بحسب كفالته، وأيضًا لو صالح الوكيل عن إقرار بمال عن مال، وأضاف الصلح إلى نفسه، فحينئذ يؤاخذ الوكيل، أي يؤخذ بدل الصلح منه، وهو يرجع على الموكل، مثلًا: لو صالح الوكيل بالوكالة على كذا دراهم يلزم الموكل إعطاء ذلك المبلغ، ولا يكون الوكيل مسؤولًا عنه، لكن لو قال: صالح على كذا، وأنا كفيل به، ففي تلك الحال يؤخذ ذلك المبلغ منه، وهو يرجع على موكله، وأيضًا لو وقع الصلح عن إقرار بمال عن مال، فإن كان قد عقد الوكيل الصلح بقوله: صالحني عن دعوى فلان وعقد الصلح، فيكون في حكم البيع، ويؤخذ في هذه الصورة بدل الصلح من الوكيل، وهو يرجع على الموكل ».

***

❁ (مادة ١٠٢٢): لرب الدين أن يصالح مديونه على بعض الدين، ويكون أخذًا لبعض حقه، وإبراء عن باقيه[3].

---

(١) يستفاد حكم فقرتيها من أواخر العاشر فيما يضمن به الوكيل... إلخ من كتاب الوكالة ص : ٣٨ من الأنقروية.

(٢) انظر مجمع الأنهر : ٢/ ٣١٤.

(٣) يستفاد حكمها من أول فصل في دعوى الدين من الدر المختار ورد المحتار : ٦/ ٦٣٩ من كتاب الصلح.

إن قال من له على آخر ألف: أدِّ غدًا نصفه أي نصّف الألف على أنك بريء من باقيه، ففعل من عليه الألف ذلك بأن قبل، وأدى إليه في الغد النصف، بريء عن النصف الباقي بالاتفاق، وإن لم يؤد غدًا بالنصف، فلا يبرأ عند الطرفين خلافًا لأبي يوسف، فإنه قال: يبرأ وإن لم يؤد ولا يعود إليه النصف الساقط أبدًا؛ لأنه إبراء مطلق؛ لأنه جعل الأداء عوضًا عن الإبراء نظرًا إلى كلمة (على) والأداء لا يصلح أن يكون عوضًا؛ لوجوبه عليه، فصار ذكره كعدمه، ولهما: أنه إبراء مقيد بشرط الأداء، وأنه غرض صالح حذرًا من إفلاسه، أو يتوصل بها إلى ما هو الأنفع من تجارة رابحة، أو قضاء دين أو دفع حبس، فإذا عدم الشرط بطل الإبراء، وكلمة (على) تحتمل الشرط، فتحمل عليه عند تعذر المعاوضة، تصحيحًا لكلامه، وعملًا بالعرف[1].

وجاء في الدر المختار: « الصلح الواقع على بعض جنس ماله عليه من دين أو غصب، أخذ لبعض حقه، وحط لباقيه لا معاوضة للربا، فصح الصلح »[2].

***

(١) مجمع الأنهر: ٢/ ٣١٥.

(٢) الدر المختار: ٦/ ٦٣٩.

الفَصْلُ الثَّانِي

في أحكام الصلح

❁ (مادة ١٠٢٣): إذا تم الصلح على الوجه المطلوب، دخل بدل الصلح في ملك المدعي وسقطت دعواه المصالح عنها، فلا يقبل منه الادعاء بها ثانيًا، ولا يملك المدعى عليه استرداد بدل الصلح الذي دفعه للمدعي[1].

تناولت هذه المادة الأحكام الأساسية المترتبة على عقد الصلح من حيث سقوط المنازعة في الحقوق التي كانت محلًّا لهذه المنازعة بالتعيين، وحكمه في جانب المصالح عليه وقوع الملك فيه للمدعي، سواء كان المدعى عليه مقرًّا أو منكرًا، وفي المصالح عنه وقوع الملك فيه للمدعى عليه، إن كان مما يحتمل التمليك كالمال، وكان المدعى عليه مقرًّا به، وإن كان مما لا يحتمل التمليك، كالقصاص، ووقوع البراءة عنه[2].

وقد جاء في رد المحتار: « وحكمه في جانب المصالح عليه وقوع الملك فيه للمدعي، سواء كان المدعى عليه مقرًّا أو منكرًا »[3].

وهذا هو الاتجاه الذي عبرت عنه القوانين المدنية العربية، ففي المادة (٧١٢) عراقي أنه: «إذا تم الصلح فلا يجوز لأحد من المتصالحين الرجوع فيه، ويملك المدعي بالصلح بدله وتسقط دعواه»، وفي المادة (٦٥٥) مدني أردني أنه:

١ - « يترتب على الصلح انتقال حق المصالح إلى البدل المصالح عليه وسقوط حقه الذي كان محل النزاع.

٢ - ويكون ملزمًا لطرفيه، ولا يسوغ لأيهما أو لورثته من بعده الرجوع فيه ».

***

❁ (مادة ١٠٢٤): إذا مات أحد المتصالحين، فليس لورثته فسخه، لكن لو كان في معنى الإجارة ومات أحدهما قبل مضي المدة يبطل بموته فيما بقى[4].

تقدم أن الصلح متى وقع كان لازمًا، فلا يملك أحد المتصالحين الرجوع فيه دون رضى

---

(١) يستفاد حكمها من الدر، وتكملة رد المحتار من أوائل كتاب الصلح : ٦/ ٦٢٩.

(٢) البحر الرائق : ٧/ ٢٥٥. (٣) رد المحتار : ٦/ ٦٢٩.

(٤) يستفاد حكم عجزها من أول الباب العشرون في الأمور الحادثة بعد الصلح... إلخ من الهندية ص : ٢٦٠.

الآخر، ولا ينفسخ بموتهما أو موت أحدهما، وليس لورثتهما فسخ صلحهما؛ لأن الوارث يقوم مقام المورث، فكما أنه ليس للمورث فسخه فليس للورثة أيضًا فسخه.

ويجري نظير هذا في البيع وكذا في القسمة، فلذلك ليس لأحد المتبايعين بعد تمام عقد البيع فسخ البيع، كذلك إذا توفي أحدهما، فليس لورثتهما فسخ بيع مورثيها[1].

***

(مادة ١٠٢٥): إذا كان الصلح بمعنى المعاوضة فلكل من الطرفين فسخه بتراضيهما، وإذا انفسخ يرجع المدعى به للمدعي وبدل الصلح للمدعى عليه[2].

إذا كان الصلح في حكم المعاوضة، فللطرفين فسخه وإقالته برضائهما، وإذا فسخاه على هذا الوجه ينتقض وينفسخ الصلح؛ لأن المعاوضة تصح فيها الإقالة، وذلك كما لو كان المصالح عنه فرسًا، والمصالح عليه شاة، أو أن يكون المصالح عنه دارًا، والمصالح عليه مائة دينار، أو بالعكس، أو يكون المصالح عنه عشرة دنانير، والمصالح عليه خمسون ريالًا إن كان بإقرار، وكذا بإنكار وسكوت في حق المدعي؛ حيث يكون الصلح معاوضة في كل ذلك، ويأخذ حكمها من جهة أن لهما الاتفاق على الفسخ والإقالة.

وإذا لم يكن الصلح في معنى المعاوضة بل كان متضمنًا إسقاط بعض الحقوق، فلا يصح نقضه وفسخه مطلقًا حتى ولو رضي الطرفان؛ لأن هذا الصلح إبراء وإسقاط والساقط لا يعود.

ومن أمثلة الصلح المتضمن إسقاط بعض الحقوق، أن يكون المصالح عنه والمصالح عليه دينًا متحد الجنس، كالصلح عن ألف درهم بستمائة درهم، أو إذا كان الصلح عن دعوى مال معين على مقدار منه مع الإبراء من الباقي كان الصلح إسقاطًا، أو ممن دعوى دين معجل على إسقاط التعجيل، كان الصلح صحيحًا، ففي هذا كله يتضمن الصلح إسقاط بعض الحقوق، ولا يكون في معنى المعاوضة، ولا يصح الرجوع فيه؛ لأن الساقط لا يعود.

وهذا هو ما عبرت عنه المادة (٦٥٧) مدني أردني، ونصها: « يجوز لطرفي الصلح إقالته بالتراضي إذا كان في حكم المعاوضة، ولا تجوز إقالته إذا تضمن إسقاطًا لبعض الحقوق ».

---

(١) المواد (١٥٥٦، ١٥٥٩) من مجلة الأحكام العدلية، الفتاوى الهندية : ٤/ ٢٨٠، ومجمع الأنهر : ٢/ ٣٠٩، والمواد (٨٣٠) من تقنين الشريعة على مذهب أبي حنيفة، (٢٦٠) من تقنين الشريعة على مذهب أحمد بن حنبل، (٢٥٥، ٢٥٦) من تقنين الشريعة على مذهب مالك.

(٢) يستفاد حكمها من الدر وتكملة رد المحتار من أواخر كتاب الصلح: ٢٣٠.

وهو ما جاء كذلك في المادة (٨٣٠) من تقنين الشريعة على مذهب أبي حنيفة، ونصها: « إذا كان الصلح بمعنى المعاوضة ينتقض بنقض المتصالحين، وإن لم يكن بمعناها أي باستيفاء البعض دون البعض فلا ينتقض ».

***

❁ (مادة ١٠٢٦): إذا كان المدعى عليه منكرًا لما ادعى عليه به، وصالح المدعي على بدل سقط حق المدعي في الخصومة، فليس له أن يخاصمه في الدعوى المصالح عنها، ولا أن يحلفه اليمين، ولا أن يفسخ الصلح[١].

الصلح عقد يحسم الطرفان به نزاعًا قائمًا أو يتوقيان به نزاعًا محتملًا، وتنحسم به المنازعات التي تناولها، ويصح عن الحقوق التي أقر بها المدعي أو أنكرها، ومتى تم الصلح سقط حق المدعي في الخصومة، فلا يحق لأحد المتصالحين الرجوع في صلحه أو فسخه، أو تحليف خصمه اليمين، أو أي شيء من ذلك؛ لأن الصلح عن الإنكار في حق المدعى عليه افتداء لليمين وقطع للخصومة فيلتزم كل منهما بما التزم به.

***

❁ (مادة ١٠٢٧): إذا ضاع بدل الصلح أو استحق كلًّا أو بعضًا قبل تسليمه للمدعي، فإن كان مما لا يتعين بالتعيين وهو من جنس المدعى به أو من غير جنسه، ولكن ضاع قبل الافتراق عن المجلس، فلا ينقض الصلح ويلزم المدعى عليه بمثل ما ضاع كلًّا أو بعضًا سواء كان الصلح عن إقرار أو عن إنكار.

وإن كان بدل الصلح مما يتعين بالتعيين، فضاع كله أو بعضه قبل تسليمه للمدعي فإن كان الصلح عن إقرار، يرجع المدعي على المدعى عليه بالمدعى به كلًّا أو بعضًا، وإن كان الصلح يرجع المدعي إلى المخاصمة[٢].

إذا تلف كل بدل الصلح أو بعضه قبل أن يسلم إلى المدعي، فإن كان بدل الصلح مما يتعين بالتعيين، كالعروض والعقار والمثليات الموجودة في المجلس والمشار إليها، فهو في حكم المضبوط بالاستحقاق، أي إذا تلف بدل الصلح قبل تسليمه إلى المدعي في الصلح الواقع عن إقرار، بطل الصلح، وللمدعي أن يطلب كل المصالح عنه، وكذلك إذا تلف بعض البدل المذكور قبل تسليمه إلى المدعي يبطل بقدره من الصلح، وللمدعي أن يطلب بعض

---

(١) يستفاد حكمها من أوائل كتاب الصلح من الدر وتكملة رد المحتار ص : ٣٠٦.

(٢) يستفاد حكم فقرتيها من الدر وتكملة رد المحتار من أوسط كتاب الصلح : ٦/ ٦٣٧.

المصالح عنه من المدعى عليه، وإذا تلف بدل الصلح كله، أو بعضه ففي الصلح الواقع عن إنكار، أو عن سكوت يرجع المدعي إلى دعواه بالمقدار الذي تلف.

مثلًا: إذا ادعى المدعي الدار التي تحت يد آخر بأنها ملكه، وتصالح مع المدعى عليه على فرس معينة، وبعد تمام الصلح وقبل تسليم البدل تلفت الفرس فإذا كان الصلح عن إقرار فللمدعي أن يطلب الدار، وإن كان عن إنكار، أو عن سكوت يرجع المدعي إلى دعواه، وإن كان بدل الصلح دينًا، ككذا قرشا، أو من المثليات، ككذا كيلة حنطة، أو كان من الأشياء التي لا تتعين بالتعيين فيما إذا كانت موجودة ومشارًا إليها، كالذهب والفضة، فلا يطرأ على الصلح خلل بتلف بدل الصلح كلًّا أو بعضًا قبل التسليم، ويلزم المدعى عليه إعطاء مثل المقدار الذي تلف للمدعي؛ لأن الدراهم والدنانير لا تتعين بالتعيين في العقود والفسوخ، حتى لا يتعلق العقد بهما، بل يتعلق بمثلهما الثابت في الذمة، ولا يتصور الهلاك في الشيء الثابت في الذمة.

مثلًا: إذا حصل الصلح عن مائة دينار على ستين دينارًا، وقبل أن يسلم المدعى عليه للمدعي ستين دينارًا تلفت في يديه، سواء كان هذا التلف وقع قبل الافتراق، أو بعد الافتراق، فلا يطرأ خلل على الصلح، فعلى المدعى عليه أن يوفي بدل الصلح ويؤدي للمدعي ستين دينارًا أخرى، أما إذا وقع الصلح على جنس خلاف الدين، كأن يكون الصلح عن ستين دينارًا بمائة وخمسين ريالًا، فإذا تلف البدل قبل الافتراق، فلا يطرأ خلل على الصلح، إلا أنه إذا حصل التلف بعد الافتراق، يبطل الصلح[1].

***

(١) المادة (١٥٦٠) من مجلة الأحكام العدلية، وانظر الفتاوى الهندية: ٤/ ٢٨٢.

الفَصِلُ الثَّالِثُ

في الإبراء

❁ **(مادة ١٠٢٨): إذا اتصل بالصلح إبراء مخصوص بالمصالح عنه، بأن قال: برئت عنه، أو أنا بريء، فلا تسمع الدعوى في خصوص ذلك وتسمع في غيره**[١].

إذا أبرأ أحد آخر من دعوى متعلقة بأمر مخصوص، أو من حق متعلق من جهة كذا يكون إبراء خاصًّا، ولا تسمع بعد ذلك دعواه التي تتعلق بذلك الخصوص، أو ذلك الحق، ولكن له دعوى حقه الذي يتعلق بغير ذلك الخصوص، أو دعوى حق من جهة أخرى؛ لأن ذلك لم يكن داخلًا في الإبراء، مثلًا: إذا أبرأ أحد خصمه من دعوى دار فلا تسمع دعواه التي تتعلق بتلك الدار، ولكن تسمع دعواه التي تتعلق بمزرعة، أو بدار أخرى، وبسائر الأمور، فعليه لو أبرأ أحد آخر من العشرة دنانير المقترضة له فلا تسمع بعد ذلك دعواه بتلك العشرة دنانير، أما دعواه بعشرة دنانير ثمن مبيع، أو جهة حوالة، أو غصب فتسمع، كذلك لو قال أحد: ليس لي عند فلان خمسة دنانير أمانة فلا تسمع دعواه المتعلقة بتلك الأمانة، أما دعواه بفرس أمانة، أو بخمسة دنانير دينًا فتسمع.

كذلك إذا أبرأ الدائن مدينه من أربعمائة درهم من الألف درهم المطلوبة له من ذمة المدين، فليس له بعد ذلك الادعاء بالأربعمائه درهم، إلا أن له الحق بطلب ودعوى الستمائة درهم الباقية[٢].

أما الإبراء المتعلق بجميع الخصومات فلا تسمع بعده أي دعوى.

وهذا هو معنى ما جاء في المادة (٦٥٦) مدني أردني، ونصها: « يقتصر أثر الصلح على الحقوق التي تناولها وحسم الخصومة فيها دون غيرها ».

***

❁ **(مادة ١٠٢٩): من أبرأ شخصًا من حق له عليه يصح الإبراء عنه سقط عن المبرأ ذلك الحق.**

إذا أبرأ أحد آخر من حق مشروع قابل للإسقاط يسقط حقه من ذلك، وليس له في حياته

(١) يستفاد حكمها والتي بعدها من أوسط كتاب الصلح من الدر، وتكملة رد المحتار : ٦/ ٦٣٢.

(٢) المادة (١٥٦٤) من مجلة الأحكام العدلية.

دعوى ذلك الحق، وليس لورثته بعد وفاته دعواه، وليس له إثبات مدعاه أو تحليف اليمين؛ لأن تحليف اليمين يكون بعد صحة الدعوى، حتى إن المدعى عليه لو أقر بدين بعد إبرائه منه فإقراره باطل.

أما إذا ادعى بالوكالة أو الوصاية فتسمع.

مثلًا: إذا أقام المبرئ الدعوى بالوكالة، أو الوصاية على المبرأ بعد أن قال المبرئ: ليس لي قِبَله حق تسمع دعواه، إلا أنه إذا أقر أحد بعين لآخر، فليس له بعد الإقرار أن يدعي تلك العين لنفسه، كما أنه ليس له أن يدعيها بالوكالة أو الوصاية عن شخص آخر، ويشترط لسقوط الحق المبرأ أربعة شروط:

الشرط الأول: أن يكون ذلك الحق قابلًا للإسقاط، والحق القابل للإسقاط هو الدين، وحق الشفعة، وحق المسيل المجرد، وهو حق إسالة الماء في موضع، على أن تكون رقبة ذلك الموضع لشخص آخر، وخيار الشرط وخيار العيب بعد رؤية المبيع، والأجل في الدين، فعليه لو أبرأ أحد مدينه من الدين فليس له بعد ذلك الادعاء بذلك الدين حتى لو أقر المدين كما مر، مثلًا: لو أبرأ أحد آخر قائلًا في حال صحته: ليس لي في ذمة فلان حق مطلقًا، وادعى ورثة المذكور بعد وفاته بأن لمورثهم قبل المذكور دينًا مقدمًا عن الإبراء المذكور كذا درهمًا فلا تسمع دعواهم.

كذلك لو أسقط أحد حق الشفعة وحق المسيل المجرد ليس له أيضًا حق الدعوى، كذلك لو أسقط خيار الشرط وخيار الرؤية بعد رؤية المبيع، أو خيار العيب فتسقط الخيارات المذكورة، وليس له رد المبيع من أجل تلك الخيارات.

كذلك إذا أبطل المدين الأجل، أو قال: تركت الأجل أو جعلت ديني حالًّا، فإسقاطه صحيح، ويبطل الأجل.

ولكن إذا كان ذلك الحق غير قابل للإسقاط فلا حكم للإبراء منه، وذلك كخيار رؤية المبيع والاستحقاق في الإجارة، وفي الوقف والرجوع في الهبة وحق الإرث والانتفاع بالمأجور من الحقوق غير القابلة للإسقاط، فلذلك لو وهب أحد لأجنبي مالًا، وقال الواهب: قد أسقطت حق رجوعي عن الهبة فله بعد ذلك الرجوع عنها.

كذلك لو قال: قد تركت حق منفعتي وأسقطتها فلا يسقط حق إجارته، كذلك لو قال الوارث: قد تركت حق إرثي فلا يبطل حقه، ولا يسقط الاستحقاق في الوقف بالإسقاط؛ مثلًا: لو أسقط المشروطة له غلة وقف حقه في غلة ذلك الوقف، فله بعد ذلك طلب غلة

الوقف، وتولية الوقف والسكنى فيه هما كالغلة في هذا الحكم.

الشرط الثاني: حصول الإبراء بصورة مشروعة، فعليه لو أبرأه على طريق الرشوة فلا يصح.

الشرط الثالث: ألا يقيد الإبراء بلفظ مفيد للشك كقوله: ليس لي حق قِبَل فلان حسب علمي، أو قلبي، أو رأيي، أو على ما أظن، أو حسب حسابي، أو كتابي فلا يعد هذا اللفظ إبراء، ولا يمنع استماع الدعوى، ولو قال: قد علمت أنه لا حق لي على فلان لم يقبل منه الرجوع في الإبراء.

الشرط الرابع: أن يكون الإبراء غير معلق بالشرط، وعليه فإن الإبراء المعلق بالشرط غير صحيح، ويوضح حسب ما يأتي.

صور الإبراء عديدة؛ فقد يكون منجزًا، وقد يكون مقيدًا بالشرط، ويقال له: إبراء معلق على معنى الشرط، والإبراء يقبل التقييد بالشرط، ومنه أن يقول: الدائن لمدينه: أعطني غدًا نصف الألف درهم المطلوبة منك على أن تكون بريئًا من النصف الآخر، فلو أعطى المدين في الغد النصف للدائن يبرأ من النصف الآخر، أما إذا لم يؤد المدين النصف غدًا فلا يبرأ المدين من النصف وللدائن مطالبته بالكل؛ لأن تقييد الإبراء بهذا الشرط نافع للدائن؛ حيث إن الدائن يستفيد من أخذ تلك الدراهم بصرفها في تجارة نافعة، وفي قضاء ديونه، أو يتخلص من إفلاس المدين أو تعرض الدين للتوى.

وحكم الإبراء الذي قررته هذه المادة هو ما عبرت عنه القوانين المدنية العربية؛ ففي المادة (٣٧١) مصري، (٤٢٠ – ٤٢٢) عراقي أنه ينقضي الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختارًا، ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين، ويرتد برده، ولا يتوقف حكم الإبراء في القانون المدني الأردني على قبول المدين كذلك، ولكنه يرتد برده كذلك، وينقضي التزام المدين إذا علم بالإبراء ولم يرده، ففي المادة (٤٢٢) من هذا القانون أنه: « إذا أبرأ الدائن المدين سقط الدين »، وفي المدين (٤٤٤) أنه: « إذا أبرأ الدائن مدينه مختارًا من حق له عليه سقط الحق وانقضى الالتزام »، وفي المادة (٤٤٥) من هذا القانون كذلك أنه: « لا يتوقف الإبراء على قبول المدين، إلا أنه يرتد برده، وإذا مات قبل القبول فلا يؤخذ الدين من تركته ».

وهو ما جاء كذلك في المادة (١٥٦٢) من المجلة العدلية حيث نصت على أنه: « إذا أبرأ أحد آخر من حق فيسقط حقه وليس له دعوى ذلك الحق »، وفي المادة (١٥٦٨) على أنه: « لا يتوقف الإبراء على القبول ولكن يرتد بالرد ».

***

(مادة ١٠٣٠): إذا اتصل بالصلح إبراء عام عن كافة الحقوق والدعاوى، فلا تسمع على المبرأ دعوى في أي حق كان قبل الصلح، وتسمع على الحق الحادث بعده[1].

لعله قد اتضح من شرح المادة السابقة أن الإبراء سبب لانقضاء الالتزام دون الوفاء به، وأن حكمه متى صدر صحيحًا ممن هو أهل له هو عدم سماع الدعوى بكل ما شمله الإبراء، فلو كان الإبراء خاصًا انقضت الالتزامات المتعلقة به، وإن كان عامًّا فيصح، ولا تسمع على المبرأ دعوى في أي حق قبل صدور الإبراء.

ومن ذلك أن يقول: أبرأت فلانًا من جميع الدعاوى، أو ليس لي طرفه حق مطلقًا، أو ليس لي معه دعوى مطلقًا، أو أبرأته من كل حق لي، فهذا يكون إبراء عامًّا وحكمه أن ليس له أن يدعي لنفسه بحق مالي أو غير مالي قبل الإبراء، عين، أو دين، أو كفالة، أو إجارة، أو قصاص، أو سرقة، أو قذف حتى لو ادعى بعد الإبراء حقًّا من جهة ثمن المبيع، أو بدل الإجارة، أو القرض، أو الغصب أو الوديعة، أو العارية أو الإرث، أو المضاربة أو التركة، أو المزرعة أو الدار، أو من جهة الكفالة لا تسمع للتناقض إلا إذا كانت حادثة بعد الإبراء.

كذلك لو ادعى أحد على آخر بعد أن أبرأه إبراءً عامًّا على هذا الوجه بأن له ميراثًا عن مورثه، ينظر فإذا كان مورثه قد توفي قبل الإبراء فإبراؤه صحيح، ولا تسمع دعواه حتى ولو كان يجهل وفاة مورثهم.

كذلك لو قال أحد: ليس لي قبل فلان دين، أو أبرأت فلانًا من ديني، أو تركت ديني الذي على فلان، أو جعلت ديني على فلان حلالًا له يكون إبراءً عامًّا عن المطلوب فلا تسمع دعوى هذا الدين، حتى لو قال المبرئ: إنني قصدت بهذا اللفظ الإبراء عن بعض الدين فلا يصدق، ولو قال أحد: ليس لي أمانة عند فلان كان ذلك إبراء عامًّا عن الأمانة؛ فلا تسمع دعوى منه تتعلق بالأمانة، إلا أنه تسمع دعواه في الجهات الأخرى كالدين. فلذلك لو ادعى المدعي مالًا فدفع المدعى عليه دعواه بقوله: إنك أبرأتني من كافة الدعاوى، أو إنك قد أقررت بأن لا دعوى ونزاع لك معي وأثبت دفعه، هذا يكون قد دفع دعوى المدعي[2].

***

(مادة ١٠٣١): إذا تعدد المبرؤون يلزم تعينهم تعيينًا كافيًا[3].

---

(١) يستفاد حكمها من أوسط كتاب الإقرار من تنقيح الحامدية بالعزو إلى القنية ضمن جواب: ٥٨.

(٢) المادة (١٥٦٥) من مجلة الأحكام العدلية.

(٣) يستفاد حكمها من الأنقروية من أواخر الفصل الثامن في دعوى الإبراء والصلح... إلخ : ٢/ ١٠٥ حيث جاء: « لو قال: أبرأت جميع غرمائي لا يصح الإبراء ».

يجب أن يكون المبرؤون معلومين ومعينين، سواء كان الإبراء إسقاطًا أم استيفاء؛ لأن الإبراء هو من وجه تمليك، ويجب أن يكون المملكون معلومين؛ إلا أنه لا يجب أن يكون الحق المبرأ منه معلومًا، فلذلك لا تمنع الجهالة في الدين صحة الإبراء.

كذلك إذا حلل أحد آخر من كل حق له قِبَلَه يبرأ حكمًا من الحقوق التي لا يعلمها المبرئ؛ لأن الإبراء إسقاط، وجهالة الساقط لا تمنع صحة الإسقاط؛ لأنه متلاش فلا يرد عليه التسليم والتسلم ليفضي إلى المنازعة، أما ديانة فعند أبي يوسف يبرأ من الحق الذي لا يعلمه، وهو الأصح، أما عند الإمام محمد فلا يبرأ ديانة، فلذلك لو قال أحد: أبرأت كافة مدينيّ، أو ليس لي عند أحد حق، أو ليس لي دين عند أحد أو إنني لم أدن أحدًا، أو قال: كلما كان لي دين عند أحد فقد استوفيته، أو قال: قد استوفيت مطلوباتي من جميع مديني، أو قال: استوفيت ديني من جميع الناس، أو إنني لم أدن أحدًا من الناس يصح إبراؤه.

كذلك لو قال الوارث: قد قبضت جميع تركة مورثي، أو قال واحد: ليس لأحد علي دين وليس لي على أحد دين، أو قال: كل شخص مدين لي فهو بريء فلا يكون ذلك إبراء عامًّا، ولا إبراء خاصًّا، بل يكون إقرارًا مجردًا فلا يمنع صحة الدعوى.

مثلًا: إذا سلم وصي الميت أموال التركة التي تحت يده لولد المتوفى بعد إثبات الرشد وأقر الولد قائلًا: قد قبضت جميع ما تركه والدي قليلًا أو كثيرًا، فيكون هذا الإقرار غير صحيح؛ لعدم تضمنه إبراء شخص معين؛ فلذلك لو ادعى ذلك الشخص بعد الإبراء المذكور على آخر بحق، أو دين فتسمع دعواه، كما أنه تسمع دعوى الولد الوارث على الوصي بقوله: قد بقي في ذمتك من مال التركة كذا، ويقبل إثباته.

أما لو قال أحد: إنني أبرأت أهالي المحلة الفلانية، أو إنني استوفيت ديوني من أهالي المحلة الفلانية، وكان أهالي تلك المحلة أشخاصًا معينين ومعدودين فيصح إبراؤهم إبراء إسقاط وإبراء استيفاء.

كذلك لو قال ذو اليد مع عدم وجود منازع ومطالب عن المال الذي في يده: إن هذا المال ليس لي، أو ليس هو ملكي، أو ليس لي حق فيه فلا يكون ذلك إبراء؛ لأنه في هذه الصورة لا تثبت هذه الأقوال حقًّا لأحد، والإقرار للمقر له المجهول باطل، والتناقض إنما يمنع إذا تضمن إبطال حق على أحد[1].

***

---

(١) انظر المادة (١٥٦٧) من مجلة الأحكام العدلية.

❁ (مادة ١٠٣٢): حكم البراءة المنفردة عن الصلح كحكم البراءة المتصلة به في الخصوص والعموم.

تترتب أحكام الإبراء المتعلقة بانقضاء الالتزامات على الإبراء نفسه، سواء صدر في إطار صلح أو بمبادرة من البريء، وبهذا فإن الإبراء لا يتعلق بسببه، وإنما يتعلق بأهلية المبرئ والألفاظ الصادرة منه ومعناها والحقوق التي تتعلق بها والتي تنقضي بالإبراء، ولا فرق بين صدور ذلك في عملية صلح أو لأي سبب آخر.

***

❁ (مادة ١٠٣٣): لا يتوقف الإبراء على قبول المديون، لكن إذا رده قبل القبول ارتد، وإن مات قبل القبول فلا يؤخذ الدين من تركته[1].

لا يتوقف الإبراء على القبول؛ لأنه إسقاط، والإسقاط لا يتوقف على القبول، ولكن إذا كان الإبراء إبراء من بدل الصرف، وبدل السلم فيتوقف على القبول؛ لأن هذا الإبراء يتضمن بطلان العقد، والعقد عائد للطرفين.

ولكن يرتد الإبراء برد المبرأ؛ لأن الإبراء عن الدين هو من وجهٍ إسقاط، ومن وجهٍ تمليك، فلكونه إسقاطًا لا يتوقف على القبول، وباعتباره تمليكًا يرتد بالرد؛ لأن رد المقر له تكذيب للمقر، والكذب غير معدود من الحجج، حتى إن المبرأ إذا صدق الإبراء بعد رده إياه فلا حكم لذلك التصديق إلا في الوقف.

فلذلك لو أبرأ أحد آخر فلا يشترط قبول ذلك الشخص، وعليه لو قال ذلك الشخص: قبلت، أو سكت يتم الإبراء ويلزم.

ولكن إذا كان ذلك الشخص حاضرًا أثناء ذلك ورد الإبراء في ذلك المجلس بقوله: لا أقبل، أو كان غائبًا فرد الإبراء في المجلس الذي علم فيه بالإبراء يكون ذلك الإبراء مردودًا بالاتفاق، أي لا يبقى له حكم، أما إذا لم يرده في ذلك المجلس، بل رده في مجلس آخر فلا يكون مردودًا عند بعض العلماء؛ لأنه لم يبق عليه دين، وعند بعض الفقهاء يكون مردودًا؛ لأنه هو المطلوب بالدين.

وقد سبق ذكر نصوص القوانين المدنية العربية التي تتفق على عدم اشتراط القبول لانقضاء الالتزامات بالإبراء، وعلى أنه يرتد برد المدين إذا رده قبل القبول، أما إذا قبله ثم رده فإنه لا يرتد بذلك، لانقضاء الالتزام بالقبول، فلا يعود برد الإبراء بعد ذلك.

---

(١) يستفاد حكمها من الفصل : ٣٤ من أوسطه من هبة الدين وما يتصل به من جامع الفصولين ص : ٢١٦.

❁ (مادة ١٠٣٤): لا يصح إبراء المريض - في مرض موته - وارثَه من الدين الذي له عليه أو من بعضه، سواء كان على المريض دين أم لم يكن[1].

تركة المريض مرض الموت مشغولة بحقوق ورثته، ولهذا فإنه إذا أبرأ أحد في مرض موته أحدَ ورثته من دينه إبراءَ إسقاطٍ أو إبراءَ استيفاءٍ، أو أقر بأنه أبرأه في حال صحته فلا يكون الإبراء صحيحًا ونافذًا، ولو لم تكن التركة مدينة، مالم يجز الوارث الآخر سواء كان الدين أصالة أو كفالة؛ لأن هذا الإبراء يؤدي لبطلان حق الورثة الآخرين، أما إذا أفاق المريض بعد ذلك الإبراء من مرضه فيكون صحيحًا ونافذًا؛ حيث لم يكن ذلك المرض مرض موت فلا يكون قد تعلق به حق الورثة.

ويشمل ذلك إقراره في مرض موته بأنه كان أبرأ أحد ورثته في حال صحته، فلا ينفذ، أو أنه أخذ مطلوبه من فلان الوارث، أو أنه استرد وتسلم المال الذي غصبه الوارث منه، أو المال الذي رهنه للوارث، أو المال الذي باعه بيعًا فاسدًا، أو المال الذي وهبه في مرض موته، وسلمه.

ومنه كذلك إذا أقر المريض في مرض موته بأنه استوفى الدين من كفيل وارثه، أو أن فلانًا الأجنبي قد دفع له تطوعًا الدين المطلوب له من وارثه ولم يصح ذلك؛ لأنه بالإقرار بالاستيفاء من الكفيل أو الأجنبي يبرأ الوارث من الدين، لو أبرأ المريض وارثه بقوله: ليس لي على هذا المطلوب شيء، أو ليس لي عليك أي شيء كان الإبراء صحيحًا قضاء، ويخلص من المطالبة، وليس للورثة الآخرين المطالبة بشيء، وإن لم يخلص ديانة من المطالبة لو كان عليه بالفعل دين[2].

***

❁ (مادة ١٠٣٥): إذا أبرأ المريض في مرض موته غير وارثه من الدين الذي له عليه يعتبر ذلك من ثلث تركته بعد وفاء ما يكون عليه من الدين، وإن كانت التركة مستغرقة بالدين فلا يعتبر ذلك الإبراء، وللغرماء مطالبة المديون بما عليه من الدين.

القاعدة: أن تبرعات المريض مرض الموت حكمها حكم الوصية، فتنفذ من الإبراء انقضاء ثلث التركة، ويفيد الالتزام دون وفاء، فهو في معنى التبرع فينفذ في الثلث، ويتوقف فيما زاد

---

(١) يستفاد حكم هذه المادة والتي بعدها من أوائل إقرار المريض من الدر، وتكملة رد المحتار: ٤/ ٧١٧، انظر المغني: ٤/ ١٩٨، والفتاوى الهندية: ٤/ ٣٩٠.

(٢) المادة (١٥٧٠) من مجلة الأحكام العدلية.

عن الثلث على إجازة الورثة بعد الوفاة، وهم من أهل التبرع، وهذا إذا كان المبرأ أجنبيًّا، فإن كان وارثًا توقف على إجازة باقي الورثة، قليلًا كان الدين المبرأ منه أم كثيرًا، وبمقتضى قانون الوصية المصري رقم (٧١ سنة ١٩٤٦م) يكون المدين الأجنبي والوارث سواء في نفاذ إبراء الدائن المريض لهما لم يتجاوز الدين الساقط ثلث التركة بعد وفاء ما على المبرئ من دين بعد احتساب الدين الذي أسقطه بالإبراء من التركة[١].

وقد نصت المادة (١٥٧١) من مجلة الأحكام العدلية على أنه: « إذا أبرأ من كانت تركته مستغرقة بالديون في مرض موته أحد مدينيه لا يصح إبراؤه، ولا ينفذ »[٢].

وينطبق ذلك على ما لو أقر بأنه أبرأه في حال صحته فلا يكون الإبراء صحيحًا ونافذًا، ولو لم تكن التركة مدينة، ما لم يجز الوارث الآخر، سواء كان الدين أصالة، أو كفالة؛ لأن هذا الإبراء هو سبب موجب لبطلان حق الورثة الآخرين.

***

---

(١) انظر مختصر أحكام المعاملات الشرعية ص: ٢٥١، ولمزيد من التفصيلات ينظر الموسوعة الفقهية: ١/ ١٥٤.
(٢) المادة (١٥٧١) من مجلة الأحكام العدلية.



مراجع الدراسة

١ - أحكام التركات في الفقه الإسلامي والقانون، د. أنور دبور، دار الثقافة العربية، القاهرة (١٩٩٣م).
٢ - الأحكام السلطانية والولايات الدينية، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي، دار الكتب العلمية.
٣ - الأحكام السلطانية، أبي يعلى، مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ط (٢)، (١٩٦٦م).
٤ - الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، محمد قدري باشا، تحقيق مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية، ط دار السلام للطباعة والنشر، القاهرة.
٥ - أحكام الشفعة في الفقه الإسلامي والتقنين المغربى المقارن، محمد بن معجوز، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء (١٩٨٥م).
٦ - أحكام الصغار للأستروشني، المطبوع بهامش جامع الفصولين، تحقيق مصطفى سميدة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
٧ - أحكام القرآن لابن العربي، أبو بكر محمد بن عبد اللّه الأندلسي المالكي المعروف بابن العربي، دار الكتب العلمية.
٨ - أحكام القرآن للجصاص، أبو بكر أحمد بن علي الرازي الحنفي المشهور بالجصاص، دار الفكر.
٩ - أحكام الوقف في الفقه والقانون، د. محمد سراج، القاهرة (١٩٩٣م).
١٠ - أحكام الوقف والمواريث، أحمد إبراهيم، المطبعة السلفية، القاهرة (١٣٥٥هـ/ ١٩٣٧م).
١١ - الاختيار شرح المختار المسمى بالاختيار لتعليل المختار، ابن مودود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان (١٩٩٥م).
١٢ - الأدب المفرد، البخاري، طبعة دار البشائر الإسلامية، بيروت.
١٣ - الاستخراج في أحكام الخراج، ابن رجب الحنبلي، تحقيق مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، ط (١)، (١٤١٨هـ/ ١٩٩٧م).
١٤ - أسنى المطالب شرح روض الطالب، يحيى زكريا الأنصاري، دار الكتاب الإسلامي.
١٥ - الأشباه والنظائر، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد السيوطي، دار الكتب العلمية.
١٦ - الأشباه والنظائر، زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم الحنفي، ط دار الكتب العلمية، بيروت.
١٧ - أضواء على قانون الميراث، عزت حسنين، الهيئة المصرية العامة للكتاب (١٩٨٩م).
١٨ - الأم، أبو عبد اللّه محمد بن إدريس الشافعي، دار المعرفة.
١٩ - الأموال، أبو نصر الداودي، تحقيق مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة (١٩٩٨م).
٢٠ - الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، علاء الدين أبو الحسن بن سليمان المرداوي، دار إحياء التراث العربي.
٢١ - أنوار البروق في أنواع الفروق، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس المشهور بالقرافي، عالم الكتب.
٢٢ - الأوراق التجارية في الشريعة الإسلامية، د. محمد سراج، دار الثقافة، القاهرة (١٩٨٨م).
٢٣ - البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم، دار الكتاب الإسلامي.
٢٤ - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، دار الكتب العلمية.
٢٥ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد، أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبي، المعروف بابن رشد، دار القلم، بيروت، ط (١)، (١٤٠٨هـ/ ١٩٨٨م).

٢٦ - البناية في شرح الهداية، بدر الدين أبو محمد محمود بن أحمد العيني، دار الفكر، بيروت، ط (٢)، (١٤١١هـ/ ١٩٩٠م).

٢٧ - البهجة في شرح التحفة، أبي الحسين علي بن عبد السلام التسولي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ط (٢)، (١٣٧٠هـ/ ١٩٥١م).

٢٨ - التاج والإكليل لمختصر خليل، أبو عبد اللّه محمد بن يوسف العبدري الشهير بالمَوَّاق، دار الكتب العلمية.

٢٩ - تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، عثمان بن علي الزيلعي، وبهامشه حاشية الشلبي، دار الكتاب الإسلامي (١٣١٣هـ).

٣٠ - تحفة المحتاج بشرح المنهاج، شهاب الدين أحمد بن محمد بن حجر الهيتمي المكي، دار إحياء التراث العربي.

٣١ - التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، عبد القادر عودة، دار الكتب العلمية.

٣٢ - تقنين الشريعة الإسلامية علي مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، إعداد مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر الشريف، الطبعة التمهيدية، مجمع البحوث الإسلامية.

٣٣ - التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، الحافظ شهاب الدين أحمد بن علي المعروف بابن حجر العسقلاني، ط دار المعرفة.

٣٤ - التلويح على التوضيح، سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني، مكتبة صبيح بمصر.

٣٥ - جامع الفصولين، الإمام محمود بن إسماعيل الشهير بابن قاضي سماونة، المطبعة الأزهرية، ط (١)، (١٣٠٠هـ).

٣٦ - الجوهرة النيرة، أبو بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي، المطبعة الخيرية.

٣٧ - حاشية ابن عابدين، طبعة البابي الحلبي بمصر (١٩٦٦م).

٣٨ - حاشية أبي السعود الأزهري على شرح مسكين، أبو سعود محمد بن علي بن علي إسكندر الحنفي، مطبعة المويلحي سنة (١٢٨٧هـ).

٣٩ - حاشية البجيرمي على الخطيب، سليمان محمد البجيرمي، دار الفكر.

٤٠ - حاشية البجيرمي على المنهج، المسمى التجريد لنفع العبيد، ط، البابي الحلبي.

٤١ - حاشية الخرشي، علي بن أحمد بن مكرم العدوي، مطبعة البابي الحلبي.

٤٢ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، شمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، دار إحياء الكتب العربية.

٤٣ - حاشية الصاوي على تفسير الجلالين، أحمد الصاوي المالكي، دار الكتب العلمية (١٩٩٥م).

٤٤ - حاشية الطحطاوي على الدر المختار شرح تنوير الإبصار في مذهب الإمام أبي حنيفة، الطحطاوي، طبعة مصر سنة (١٢٨٢هـ).

٤٥ - حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المحلي على المنهاج، المحققان المدققان الشيخ شهاب الدين القليوبي والشيخ عميرة، دار إحياء الكتب العربية.

٤٦ - الحيازة والتقادم في الفقه الإسلامي، محمد عبد الجواد، منشأة المعارف، الإسكندرية (١٩٧٧م).

٤٧ - الخراج لأبي يوسف يعقوب بن إبراهيم القاضي، دار الفارابي.

٤٨ - الخراج، يحيى بن آدم، دار الرشيد، العراق.

٤٩ - درر الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر، دار الجيل.

٥٠ - درر الحكام في شرح غرر الأحكام، قاضي محمد بن فراموز الشهير بمُنْلا خُسْرو، دار إحياء الكتب العربية.

٥١ - دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، عالم الكتب.

٥٢ - رد المحتار على الدر المختار في شرح تنوير الأبصار، المعروف بـ (حاشية ابن عابدين)، محمد أمين بن عمر المشهور بابن عابدين، دار الكتب العلمية.

٥٣ - الروض المربع، منصور بن يونس البهوتي، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض.
٥٤ - سنن أبي داود، سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني الأزدري، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الفكر.
٥٥ - سنن البيهقي الكبرى، أحمد بن الحسين بن علي بن موسي أبو بكر البيهقي، تحقيق محمد عبد القادر عطا، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة (١٩٩٤م).
٥٦ - سنن الترمذي، محمد عيسى أبو عيسى الترمذي السلمي، تحقيق أحمد محمد شاكر وآخرون، دار إحياء التراث، بيروت.
٥٧ - سنن الدارقطني، علي بن عمر أبو الحسن الدار قطني البغدادي، تحقيق السيد عبد اللّـه هاشم يماني المدني، دار المعرفة، بيروت (١٩٦٦م).
٥٨ - سنن النسائي المجتبي، أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي، تحقيق عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات، حلب، ط (٢)، (١٩٨٦م).
٥٩ - شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح، سعد الدين التفتازانى، دار الكتب العلمية، بيروت.
٦٠ - شرح التنوير على سقط الزند، أبي العلاء المعري، المطبعة الإعلامية، مصر (١٣٠٣هـ).
٦١ - شرح الخرشي على مختصر خليل، أبي عبد اللّـه محمد الخرشي، دار الفكر، بيروت.
٦٢ - الشرح الصغير، أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، مطبعة مصطفى البابي الحلبي (١٣٧٢هـ).
٦٣ - الشرح الكبير مع المغني، الشيخ شمس الدين أبي الفرج بن قدامة، مطبعة المنار، ط (١٣٤٦هـ).
٦٤ - شرح المحلي على منهاج الطالبين، مع حاشية قليوبي وعميرة، لجلال الدين المحلي، دار إحياء الكتب العربية، لعيسى البابي الحلبي، مصر.
٦٥ - شرح مجلة الأحكام العدلية للأتاسي، مطبعة حمص (١٣٥٠هـ/ ١٩٣١م).
٦٦ - شرح مجلة الأحكام العدلية، سليم رستم الباز، دار إحياء التراث العربي (١٩٨٦م).
٦٧ - شرح مجلة الأحكام العدلية، محمد سعيد المحاسني، مطبعة الترقي، دمشق (١٣٤٦هـ/ ١٩٢٧م).
٦٨ - شرح مختصر خليل للخرشي، محمد بن عبد اللّـه الخرشي، دار الفكر.
٦٩ - صحيح ابن حبان، محمد بن حبان بن أحمد أبو حاتم التميمي البستي، تحقيق شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت (١٩٩٣م)، ط (٢).
٧٠ - صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبد اللّـه البخاري الجعفي، تحقيق د. مصطفى ديب البغا، ط (٣)، (١٩٨٧م)، دار ابن كثير اليمامة، بيروت.
٧١ - صحيح مسلم، مسلم بن حجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث، بيروت.
٧٢ - ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، د. محمد سراج، طبعة دار الثقافة للنشر والتوزيع.
٧٣ - الطرق الحكمية، أبو عبد اللّـه محمد بن أبي بكر الزرعي المعروف بابن قيم الجوزية، مكتبة دار البيان.
٧٤ - الطريق الممتاز لسلوك مسالة ابن المواز، الإمام أبي سعيد فرج بن قاسم بن لب الثعلبي الأندلسي المالكي.
٧٥ - طلبة الطلبة، عمر بن أحمد بن إسماعيل بن لقمان، نجم الدين أبو حفص النسفي، دار الطباعة العامرة.
٧٦ - العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن أحمد بن عبد الرحيم، الشهير بابن عابدين، دار المعرفة.
٧٧ - العناية على الهداية، محمد بن محمود البابرتي، دار الفكر.
٧٨ - الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، شيخ الإسلام القاضي أبو يحيى زكريا الأنصاري، المطبعة اليمنية.
٧٩ - غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، أحمد بن محمد الحنفي الحموي، دار الكتب العلمية.

٨٠ - الفتاوى الانقروية، محمد بن الحسين الانقروي أو الانكورّي الحنفي، طبعة المطبعة الأميرية، بولاق سنة (١٢٨١هـ).

٨١ - الفتاوى الخيرية لنفع البرية على مذهب الإمام الأعظم، خير الدين الرملي، المطبعة الأميرية ببولاق.

٨٢ - الفتاوى الهندية، جماعة من علماء الهند، دار الفكر.

٨٣ - فتاوى قاضي خان، حسن بن منصور الأوزجندي، دار الفكر، مصر، ط (٢)، (١٣١٠هـ).

٨٤ - فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، أبو عبد اللّه محمد بن أحمد المشهور بالشيخ عليش، دار المعرفة.

٨٥ - فتح العلي المالك في الفتوي على مذهب الإمام مالك، وبهامشه تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، برهان الدين إبراهيم علي بن محمد بن فرحون المالكي، مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر (١٩٥٨م).

٨٦ - فتح الغفار شرح المنار، زين الدين بن إبراهيم (ابن نجم)، تحقيق: عبد الرحمن البحراوي الحنفي المصري، طبعة مصطفى البابي الحلبي (١٩٣٦م).

٨٧ - فتح القدير شرح الهداية، كمال الدين محمد بن عبد الواحد الإسكندري السيواسي المعروف بابن الهُمام، دار الفكر.

٨٨ - فتح القدير شرح الهداية، كمال الدين السيواسي المعروف بابن الهمام، دار الفكر ط (٢)، (١٩٧٧م).

٨٩ - فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب، حاشية الجمل على شرح المنهج، الشيخ سليمان الجمل، دار الفكر.

٩٠ - الفروع لابن مفلح، شمس الدين أبو عبد اللّه محمد بن مفلح المقدسي، عالم الكتب.

٩١ - الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي المالكي، دار الفكر.

٩٢ - قانون العدل والإنصاف، محمد قدري باشا، تحقيق مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والطباعة والترجمة، ط (١)، (٢٠٠٦م).

٩٣ - قرة عيون الأخيار لتكملة رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز ابن أحمد بن عبد الرحيم بن نجم الدين بن محمد صلاح الدين الحسيني الحنفي المعروف بابن عابدين، طبعة المطبعة الأميرية، بولاق، مصر، سنة (١٢٩٩هـ).

٩٤ - قواعد الأحكام في مصالح الأنام، أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام الدمشقي، دار الكتب العلمية.

٩٥ - القواعد الفقهية لابن رجب، أبو الفرج عبد الرحمن بن أحمد المعروف بابن رجب الحنبلي، دار المعرفة.

٩٦ - القوانين الفقهية، محمد بن أحمد بن جزي، دار القلم، لبنان، ط (١)، (١٩٧٧م).

٩٧ - الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، ابن عبد البر القرطبي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان (١٩٩٢م).

٩٨ - كشاف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، دار الكتب العلمية.

٩٩ - لسان العرب، لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي، دار صادر، بيروت.

١٠٠ - مباحث الوقف، محمد زايد الأبياني، مطبعة عبد اللّه وهبة الكتبي، القاهرة، (١٣٤٣هـ/ ١٩٢٤م).

١٠١ - مبادئ الفقه الإسلامي د. يوسف قاسم دار النهضة العربية (١٤٠٣هـ/ ١٩٨٣م).

١٠٢ - المبدع في شرح المقنع، أبي اسحاق برهان الدين إبراهيم بن مفلح، نشر المكتب الإسلامي للطباعة والنشر، ط (١)، (١٣٩٩هـ/ ١٩٧٩م).

١٠٣ - المبسوط، شمس الأئمة أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل، السَّرَخْسيّ، دار المعرفة.

١٠٤ - مجلة الأحكام الشرعية، أحمد بن عبد اللّه القاري، نشر تهامة بالمملكة العربية السعودية (١٤٠١هـ/ ١٩٨١م).

١٠٥ - مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، عبد الرحمن بن الشيخ محمد بن سليمان شيخي زاده المعروف بداماد أفندي، دار إحياء التراث العربي.

١٠٦ - مجمع الضمانات، أبو محمد غانم بن محمد البغدادي، دار الكتاب الإسلامي.
١٠٧ - المجموع شرح المهذب، الإمام أبو زكريا محيي الدين بن شرف النووي، دار الفكر.
١٠٨ - مختار الصحاح، الرازي، دار البشائر بدمشق.
١٠٩ - مختصر أحكام المعاملات الشرعية، الشيخ علي الخفيف، مطبعة أنصار السنة، ط (١)، (١٩٤٩م).
١١٠ - مختصر العلامة خليل، خليل بن إسحاق المالكي، تعليق أحمد نصر، دار الكتب (١٩٩٣م).
١١١ - المدخل الفقهي العام، مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع (٢٠٠٤م).
١١٢ - المدخل إلى دراسة المذاهب الفقهية، د. علي جمعة، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع.
١١٣ - المدونة، الإمام مالك بن أنس الأصبحي، دار الكتب العلمية.
١١٤ - المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.
١١٥ - المستدرك على الصحيحين، محمد بن عبد اللّـه أبو عبد اللّـه الحاكم النيسابوري، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا، ط (١)، (١٩٩٠م)، دار الكتب العلمية، بيروت.
١١٦ - مسند الإمام أحمد بن حنبل، أحمد بن حنبل أبو عبد اللّـه الشيباني، مؤسسة قرطبة.
١١٧ - مسند الشاميين، الطبراني، تحقيق حمدي السلفي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط (١)، (١٤٠٩هـ/ ١٩٨٩م).
١١٨ - مشروع تقنين الشريعة الإسلامية عل مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ط المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، جمهورية مصر العربية (١٩٧٠م).
١١٩ - مشروع قانون المعاملات المدنية طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية.
١٢٠ - مصادر الحق في الفقه الإسلامي، عبد الرزاق السنهوري، دار النهضة العربية، القاهرة .
١٢١ - المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، المكتبة العلمية.
١٢٢ - مُصَنَّف ابن أبي شَيْبَة، أبو بكر عبد اللّـه بن محمد بن أبي شيبة، دار الفكر.
١٢٣ - مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، الشيخ مصطفى السيوطي الرحيباني ، المكتب الإسلامي.
١٢٤ - المعاملات الشرعية المالية، أحمد إبراهيم بك، دار الانصار.
١٢٥ - المغرب في ترتيب المعرب، أبو الفتح ناصر بن عبد السيد بن علي المُطَرِّزِيّ، دار الكتاب العربي.
١٢٦ - مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، شمس الدين محمد بن أحمد الشربيني الخطيب، دار الكتب العلمية.
١٢٧ - المغني، موفق الدين عبد اللّـه بن أحمد المعروف بابن قدامة، دار إحياء التراث العربي.
١٢٨ - المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي، الشيخ سيد عبد اللّـه حسين، تحقيق مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، ط (١)، (٢٠٠١م).
١٢٩ - الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين العربية، الشيخ علي الخفيف، دار النهضة العربية (١٩٩٠م).
١٣٠ - المنتقى شرح الموطأ، أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي الأندلسي، دار الكتاب الإسلامي.
١٣١ - المنثور في القواعد، بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد اللّـه الزركشي، وزارة الأوقاف الكويتية.
١٣٢ - منح الجليل شرح مختصر خليل، أبو عبد اللّـه محمد بن أحمد المعروف بالشيخ عليش، دار الفكر.
١٣٣ - المهذب مع المجموع، لأبي إسحاق الشيرازي، دار الفكر .
١٣٤ - الموافقات في أصول الشريعة، أبو أسحق الشاطبي، دار المعرفة، بيروت، لبنان.
١٣٥ - مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، محمد بن محمد المغربي المعروف بالحطاب الرعيني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، (١٤١٦هـ).
١٣٦ - الموسوعة الفقهية، جماعة من العلماء، تصدرها وزارة الأوقاف الكويتية، إصدار وزارة الأوقاف الكويتية.
١٣٧ - نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية، الحافظ جمال الدين عبد اللّـه بن يوسف الزيلعي، دار الحديث.

١٣٨ - النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية، د. شفيق شحاته، مطبعة الاعتماد، مصر، ب.ت.

١٣٩ - النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، د. صبحي المحمصاني، دار العلم للملايين، بيروت، (١٩٧٢م).

١٤٠ - نظرية العقد في الفقه الإسلامي « دراسة فقهية مقارنة » د. محمد سراج، سعد سمك للطباعة والنشر، القاهرة، (١٩٩٤م).

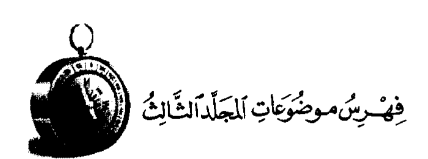
١٤١ - نهاية المحتاج إلى شرح ألفاظ المنهاج، شمس الدين محمد بن أحمد الرملي المصري الشهير بالشافعي الصغير، دار الفكر.

١٤٢ - نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، الإمام محمد بن علي الشوكاني، دار التراث.

١٤٣ - الوجيز في فقه الإمام الشافعي، أبي حامد محمد بن محمد الغزالي، مطبعة حوش قدم، الغورية، مصر .

١٤٤ - الوسيط في شرح القانون المدني، عبد الرزاق السنهوري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت (١٩٩٨م).

***


فهرس موضوعات المجلد الثالث

***



تعريف بمركز الدراسات الفقهية والاقتصادية

مؤسسة فكرية إسلامية متخصصة أنشئت وسجلت في القاهرة بجمهورية مصر العربية لتعمل على:

- إبراز القواعد والمبادئ التي تضمنتها الشريعة الإسلامية وتيسيرها على الباحثين.

- إجراء الدراسات المقارنة بين أحكام الفقه الإسلامي والنظم الوضعية.

- صياغة العقود الشرعية صياغة جديدة يتوفر فيها البعد عن الربا والغرر الفاحش، وتكوين العقود المتفقة والمتوائمة مع حاجات العصر ومتطلباته وسرعة وضخامة تعاملاته.

- الإسهام في تطوير بحوث الاستثمار المصرفي.

- الاهتمام بنشر وطباعة الكتب التراثية الهامة بتحقيقها ودراستها.

- إعداد الأدوات والأعمال البحثية لتدعم جهود علماء الشريعة، والاقتصاد، والقانون، وكافة العلوم الإسلامية الأخرى. وإعداد الأدلة والكشافات والببلوجرافيات والفهارس والملخصات، وتوفير قاعدة بيانات حديثة ومتجددة في كافة المجالات التي تخدم أهداف الشريعة والاقتصاد والبنوك الإسلامية.

ويستعين المركز لتحقيق أهدافه بوسائل عديدة منها:

١ - عقد المؤتمرات والندوات العلمية والفكرية المتخصصة.

٢ -التعاون مع المراكز البحثية المتخصصة في جميع أنحاء العالم.

٣ - الاهتمام بإحداث تواصل بين المهتمين بالعلوم الاجتماعية والإنسانية ودارسي العلوم الشرعية باعتبارهم المهتمين بإيقاع النص على الموجود وإحداث الصلة المطلوبة بينهما.

٤ - تقديم المشورة العلمية للراغبين من دراسي الماجستير والدكتوراه.

٥ - يوفر المركز مكتبة علمية موزعة على كافة العلوم والمعارف الإنسانية، وكذلك دوريات عربية، ورسائل ماجستير ودكتوراه، وهي متاحة للباحثين والدارسين من شتى بقاع المعمورة بدون رسوم أو اشتراكات طوال اليوم، والمكتبة يتوفر بها عدد من المصنفات النادرة.

٦ - يتمتع المركز بعلاقات جيدة مع عدد كبير من العلماء المهتمين بالتأصيل الإسلامي للعلوم في العالم.

والمركز يأمل بعون اللّه تعالى أن تكون له فروع في جميع أنحاء العالم ، وليمارس من خلالها أنشطته المختلفة، كما يأمل أن يكون هناك أوجه تعاون مع المراكز البحثية المتخصصة في جميع دول العالم.

المشرف العام على المركز: أ.د. محمد أحمد سراج، أستاذ الدراسات الإسلامية بالجامعة الأمريكية بالقاهرة.

مدير المركز: د. أحمد جابر بدران.

عنوان المركز: الإدارة: ١٣ ش مرقص حنا متفرع من ش شاهين العجوزة، القاهرة، جمهورية مصر العربية.

تليفاكس: ٣٧٦٠٥٣

البريد الإلكتروني: E-Mail: Cles@internetegypt.com

***

رقم الإيداع

٢٠١١ / ٢٩٣١

الترقيم الدولي I. S. B. N

978 - 977 - 5059 - 00 - 0